النظرية العامة لعلم القانون

الكتاب الثالث

النظرية العامة في العقود
نظرية الالتزامات

الجزء الأول

المصادر الإرادية للالتزام

المجلد الأول

نظرية العقد

التعريف بالعقد

د. عبد السلام علي المزوغي
أستاذ قانون
بجامعة ناصر
بمشاركة فريق
من أساتذة القانون

6

الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان

النظرية العامة لعلم القانون

نظرية العقد

النظرية العامة لعلم القانون

الكتاب الثالث

النظرية العامة في العقود
نظرية الالتزامات

الجزء الأول

المصادر الإرادية للالتزام

المجلد الأول

نظرية العقد

التعريف بالعقد

د. عبد السلام علي المزوغي
أستاذ قانون
بجامعة ناصر
بمشاركة فريق
من أساتذة القانون



الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان

مصراتة - الجماهيرية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية العظمى

ص.ب 17459 مبرق (تلكس) 30098 مطبوعات

الطبعة الاولى 1403 و.ر 1993 م

رقم الإيداع 1462 - 1993م - دار الكتب الوطنية - بنغازي

مقدمة

تشهد الحقبة الراهنة تحولات عميقة في الحياة القانونية تمس ركائزها الاكثر رسوخا، وبدت الأطر القانونية العتيقة متفسخة يوما تلو الآخر. وبزغت إرهاصات الأطر الجديدة مصحوبة بمؤسسات مستحدثة ومتميزة، وبدت الهوة عميقة ما بين المفاهيم القانونية المكرسة وواقع الحيات القانونية الجديدة بما يفرض نظرة جديدة إلى تلك المفاهيم.

وليس في هذا التطور ما يثير الدهشة، فهو يعكس على الصعيد القانوني حركة الحياة التي لا تتوقف. بيد انه في المجال الاجتماعي لا يتم توفيق المؤسسات الاجتماعية مع الأوضاع الجديدة بمثل السرعة والتلقائية التي تتحقق على صعيد الطبيعة. ذلك أن المؤسسات الاجتماعية يتم تعديلها بمعرفة الإنسان، والإنسان قد يكون مدفوعا بروح المحافظة أو عن جهل، فلا يدرك دائما ضرورة إجراء التغيير. ومن هنا، كانت الهوة العميقة الملموسة في هذا الزمان بوجه خاص هي ما بين المقولات القانونية والإبداعات التلقائية للحياة.

وتتسم هذه الإبداعات بطابع اساسي هو تكثيف «الطابع الاجتماعي» بينما لا تزال الفئات الاجتماعية متدثرة السترة العتيقة للفردية التقليدية للقرن التاسع عشر، والتي لم تعد ملائمة لذلك الطابع الاجتماعي.

من هنا، ومنذ القرن الماضي، صاغ عدد من المفكرين التقدميين ومن بينهم (برودون) تصورا لمثل أعلى يسعى لإقامة حالة من العدالة الاجتماعية تتميز عن الشيوعية والاستبدادية، ولا تتسم بالتشرذم أو الفوضوية، وإنما تقيم «الحرية في

إطار النظام، والاستقلال في إطار الوحدة». ذلك أن الأمر يتعلق بايجاد التوازن الضروري بين مبداي الحرية والنظام، وهو توازن غير مستقر ومتحرك تبعا لنمو المجتمع ذاته.

ومن هنا، كانت فكرة «القانون الاجتماعي»[1] والسعي للتوفيق بين مبداي الحرية والنظام على أساس من الوحدة والاندماج بما لا يمحو شخصية الأطراف في هذه العلاقة الجدلية. وبدا القانون الاجتماعي ـ بوصفه قانونا للتكامل ـ يقيم بين «الكل» وعناصره علاقات متبادلة تحقق توازنا منسجما ما بين العناصر التي تبدو متنافرة للفردية والاشتراكية.

وعكس القانون الخاص تأثير هذه التحولات، فها هو «حق الملكية» الذي تحول من «حق مقدس لا يمس» كما نص على ذلك «تقنين نابوليون» إلى وظيفة اجتماعية تلتزم بمراعاة مقتضيات النفع العام وتدور معها وجودا وعدما.

ثم كانت نظرية العقود وما أصابها من تطور جذري. فطوال القرن الماضي، كان ينظر إلى الإرادة الصريحة أو المفترضة للأطراف بوصفها الأساس الوحيد للعقد، بحيث يستوحى كل تفسير للعقد من هذه الإرادة. ولم يكن الأمر يتعلق البتة بالإرادة الراهنة للأطراف، وإنما بالإرادة الأصلية كما ظهرت عند إبرام العقد. وتم تأصيل ذلك بالقول بمبدأ القوة الإلزامية للعلاقة التي ينشئها العقد والتي عبرت عنها مقولة «العقد شريعة المتعاقدين». وقيل بحق «إن الحرية توجد للولوج إلى العقد وليس للخروج منه». وشُبه العقد بالإنسان الذي قيد نفسه بالاغلال، فهو الإنسان المقيد الذي لا يملك فكاكا من اغلاله.

وهذا التفسير الفردي المحض للعقد استند إلى حالة الاستقرار الاقتصادي التي كانت قائمة، وهو يستجيب لنوع من الحاجة إلى الأمان في المبادلات المدنية والتجارية. وكما ذكر العلامة الفرنسي (كابيتان) فإن التقنين المدني ملتزم في ذلك

---

(1) راجع:

Gurvitch (Georges): L'idéé du droit social, Librairie du Recueil sirey, Paris 1932, réimpression de L'édition Scientia verlag Alen 1972.

Mouskheli (Michel): Le droit Social d'aprés.

Georges Gurvitch: Revue AL- Kanoun Wal Iqtisad, V- Année, No - 1, Janvier 1936, PP3 ets.

بالتقليد الروماني، يضع استقرار العقد فوق اي اعتبار، ويجعله احد ركائز النظام الاجتماعي.

غير ان هذا التصور للعقد يفترض أمرين: من جانب نوع من استقرار الأوضاع الاقتصادية، ومن جانب آخر قدر من المساواة الاقتصادية بين المتعاقدين. وليس هناك شك في تخلف هذين الشرطين في إطار النظام الراسمالي، فالسمة الغالبة في إطار هذا النظام ان يكون الاطراف في حالة صارخة من عدم المساواة الاقتصادية بما يضحى معه من العبث الحديث عن تعهدات تم إبرامها بحرية، ولعل عقود الإذعان والعمل والإيجار خير شاهد على ذلك. اما عن الاستقرار الاقتصادي، فمنذ الحرب العالمية الأولى والعالم يشهد على الصعيد الاقتصادي تحولات ثورية حقيقية تتغير فيها الظواهر الاقتصادية بصورة مذهلة، بحيث بات من الضروري أن تتدخل السلطة الاجتماعية في احكام العقد، وان تعدل فيه بكيفية تكفل انسجامه مع التغيرات التي حدثت في الحياة الاقتصادية.

ومسألة تعديل العقد وإعادة النظر في بنوده من المسائل الملحة التي طرحت في دول التقنينات التقليدية، وفي طليعتها تقنين (نابوليون) الذي يعد مصدرا تاريخيا لعديد من التقنينات المدنية العربية، وسوف يبين في هذا المؤلف، كيف أن المشرع وجد نفسه، في عديد من المناسبات، مضطرا لأن يتدخل كي يعيد التوازن بين التزامات الطرفين المتعاقدين، في حين وقف القضاء موقفا محافظا وأحجم عن المساس بمبدا احترام التعهدات التعاقدية. وقد أفرز ذلك اتجاها قويا لدى الفقه يحث فيه القضاء ليمارس دوره حيال المتعاقدين، وحين أحجم القضاء عن اداء هذا الدور كان لابد من تدخل المشرع.

ويبقى أن هناك أمرا لا جدال فيه، وهو الولوج البطيء الذي لا نزاع فيه للعامل الاجتماعي في الجوهر الفردي الأساسي للعقود. إن الواقع القانوني الجديد يتطلب لفهمه التحرر الكامل من العقائد البالية للقانون الروماني، وهو يتطلب موقفا فلسفيا جديدا وجهدا إبداعيا بمراعاة المسلمات الفلسفية الجديدة التي تنبثق من ينابيع الفكر الاشتراكي.

غير أن البعض قد يشكك في جدوى الحديث عن الاشتراكية وملاءمتها إزاء تداعي انظمة التسلط الحزبي الشيوعي في الدول التي درج التقليد على تسميتها بالدول الماركسية او الاشتراكية، ورفعها راية العصيان على كل القوالب الماركسية الجامدة التي جثمت على صدور شعوبها طوال سنوات الزيف السياسي والقهر الاقتصادي

ولا شك أن هذا النظر ينطوي على خلط لا يخلو من الافتئات على كنه الاشتراكية وسمو مراميها. فمن غير السديد إلصاق التشويه الذي شاب التطبيقات الماركسية بالاشتراكية، وكم كان هذا التشويه محل تنديد من جانب القيادات الماركسية المخلصة ذاتها[2]. وكان (توليـاتي) الزعيم الراحل للحزب الشيوعي الإيطالي يوضح أن جوهر الخلل في المجتمعات الماركسية إنما كان يكمن في افتراض خاطىء يرى أن التناقضات في هذه المجتمعات قد زالت تماما، بينما هي في الحقيقة كانت تتفاقم. وقد ترتب على هذا الافتراض الخاطىء أنه برزت تناقضات فبدلا من نسبتها إلى أسباب «موضوعية» نابعة من صميم أوضاع المجتمع الاشتراكي، نسبتها القيادة الماركسية الحاكمة إلى عوامل «ذاتية» عوامل تقود إلى عيوب في أشخاص الإطارات (الكوادر) المنوط بهم تنفيذ الخط الاشتراكي، اي «خيانتهم» للقضية وتحولهم إلى «أعداء للشعب»!. كما كان لأحد اقرب أعوان (تيتو) حتى منتصف الخمسينات وهو (ميلوفان ـ دجيلاس) كتاب رائد في فضح بروز طبقة جديدة ذات أوضاع متميزة في المجتمعات الاشتراكية[3]. وكان لمفكر فرنسي مرموق هو (شارل بيتلهايم) مجموعة دراسات تاريخية ظهرت على التوالي طوال السبعينات تحت عنوان «صراع الطبقات في الاتحاد السوفييتي».[4]

وكانت النظرية الجماهيرية سباقة إلى التنديد بالأوضاع القمعية والاستغلالية التي أفرزتها هذه التطبيقات الماركسية، فتذكر شروح الكتاب الاخضر أنه:[5]

---

(2) راجع: محمد سيد أحمد ـ الانبعاث الديني في المجتمعات الشيوعية ـ هل تجرى إزالة «التناقضات ام مجرد ترحيلها» الأهرام 3/5/1990م.

(3) راجع:

Djilas (Milovan) : La nouvelle classe Dirigeante, Plon, Paris 1957 Pays sans Justice, Laffont, Paris 1959.

(4) راجع لمزيد من التفصيل: د/ إسكندر غطاس ـ اسس التنظيم السياسي في الدول الاشتراكية، القاهرة 1972م، ص 370 وما بعدها.
راجع ايضا:

Varga: Le testament, Grasset, Paris 1970.

Garaudy (Roger): Le grand tournant du socialisme, Gallimard, Paris 1969 (et) toute la vérité, Grasset, Paris 1970.

(5) راجع: شروح الكتاب الاخضر ـ الجدل وقوانين الصراع، المجلد الثاني، ص 73.

«يجب أن نتساءل عن حقيقة انتصار العمال وسيادتهم في المجتمع، ويجب أن نعلم موضوعيا صدق هذا الطرح في الواقع. فطبقة العمال قد تمت الاستعاضة عنها بالحزب الحاكم الذي يشرف على تصفية المجتمع لجعله طبقة واحدة، ثم إيصاله إلى الشيوعية، شريطة إحكام سيطرته الكاملة على مقدرات المجتمع جملة وتفصيلا بما في ذلك العمال انفسهم، ليفرض ديكتاتورية سياسية، وليصبح رب عمل بدلا عن الراسمالية. فنتيجة لما يعرف بـ «الثورة البروليتارية» اصبح المجتمع نظريا طبقة واحدة. ولكن هذه الطبقة لم تسد في المجتمع، بل ساد عنها حزب طليعي يعتقد بانه طليعتها، وانه وحده يعرف الطريق إلى اضمحلال الدول وتلاشيها.... غير أن حكومة الحزب هذه ترسخ مزيدا من العبودية، وتنفخ الحياة من جديد في اداة ديكتاتورية مرفوضة ديمقراطيا، تهيمن على الشعب الذي ربما صار طبقة عمال، وترفض ان يمارس اي قدر من الحرية حتى لا يفسد الطريق إلى الشيوعية! أو خوفا من الوقوع مجددا بين براثن الراسمالية، وهي أسباب لا تعدو أن تكون مبررا لإقامة ديكتاتورية ابدية من هذا الطراز... فليس صدفة أن يتخذ الحزب الطليعي اللون الاحمر لونا رسميا له، فتصبح حمرة الدم علما عليه، ويعرف الناس أن شعاراته وعلاماته ومقولاته حمراء، بل إن ذلك لسبب وجيه يتعلق بموقفه من الخصوم السياسيين والمخالفين والايديولوجيين والمطالبين بالمطالب المخالفة لبرنامج الحزب وأطروحاته الفكرية حتى ولو كانوا اعضاء بالحزب نفسه، إذ أن خلافهم هذا يعتبر ردة منكرة تواجه بالعنف الثوري الذي يصل إلى التصفية الجسدية».

ويندد الفقه الجماهيري بظاهرة الاحتكار في نظام راسمالية الدولة، ذلك «أن نتائج هذا الاحتكار ـ سواء كان قانونيا أم فعليا ـ له اثر واحد وهو الإذعان، ومن ثم الاستغلال المدمر للحرية في جوانبها السياسية والاقتصادية والاجتماعية والعسكرية. إن الاعتراف بالاحتكار هو اعتراف بالغبن والاستغلال وهذا هو المنشىء للقواعد الظالمة في المجتمع».[6]

---

(6) راجع: د/عبد السلام علي المزوغي ـ خواطر ثورية «معادلة ظالمة: الاحتكار، الإذعان، الاستغلال» طرابلس 1985م، ص 19.

د/فؤاد زكريا ـ مقامرة التاريخ الكبرى «على ماذا يراهن جورباتشوف؟»، كتاب الاهالي، رقم 24، ابريل 1990م، ص 28 وما بعدها.

إننا نشهد حاليا صفحة الماركسية اللينينية بقوالبها الجامدة المعروفة وهي تطوى، ولكن هل يعني ذلك أنها تطوي معها صفحة الاشتراكية ليبقى بديل أوحد يتمثل في النظام الرأسمالي؟.

منذ عشرين سنة مضت لجأ المخرج السينمائي التشيكي (ميلوس فرمان) إلى الغرب فرارا من غزو قوات «حلف وارسو» لتشيكوسلوفاكيا غداة ماعرف بـ «ربيع براج» الذي شهد انتفاضة الشعب التشيكي ضد الحكم الشيوعي. وحقق هذا المخرج شهرة كبيرة من خلال إجرائه المقارنة بين أوضاع المجتمع الشيوعي وأوضاع المجتمع الرأسمالي، فشبه الأول بأنه اقرب إلى حديقة الحيوانات حيث يكون نزلاؤها من الحيوانات محرومين من الحرية داخل اقفاصهم، وإن كانوا في المقابل ينعمون بالمأكل والمأوى، فتأمن الغزالة الاّ يفترسها الأسود. أما المجتمع الرأسمالي فقد شبهه (فورمان) بالغابة المليئة بالأخطار، ولكن الحيوانات تنعم فيهابحرية ساحرة قد تدفع حياتها ثمنا لها. وخلص (فورمان) إلى الإعلان عن اختياره «الغابة بأخطارها على حديقة الحيوانات» بالرغم مما توفره من أمان.[7]

الواقع أن النبع الاشتراكي هو من الغزارة والثراء بحيث لا يستقيم معه القول بأن تطبيقا مشوها له يمكن أن يكون فيه القضاء عليه. ويتساءل الباحثون[8] «هل يعني ذلك أن الاشتراكية عادت مرة أخرى مجرد حلم غير قابل للتحقيق، وعلى الأقل أجلت إلى موعد بعيد؟. إن أحداث أوروبا الشرقية تمر الآن بسرعة تخطف البصر والفكر، ورغم التقدير بأن بعض بلدان أوروبا الشرقية سوف تلحق حتما بالغرب وتصبح جزءا من نظامه، فلا زلت أرى أن الوضع يختلف بالنسبة لبلد كالاتحاد السوفييتي. هناك بعد فترة ـ تطول أو تقصر ـ يتناوب فيها الحكم جناحا البيروقراطية الحاكمة، سوف يتضح في نهاية الأمر لمجموع الشعب العامل السوفييتي أنه لا يستطيع الجمع بين ضمانات ومزايا المجتمع الاشتراكي التي اطمأن إليها واصبحت جزءا من قيمه وبين مظاهر الاستهلاك الباذخ القائمة في جزء كبير منها على ثمار الاستغلال المتراكمة والمعاصرة والتي تتمتع بها نسبة

---

(7) راجع: Julien (Claude): La Jungle et le zoo. Le monde diplomatique Du Communisme reel a L' Ambition democratigve. Fevrier 1990.

(8) راجع: د/ فوزي منصور ـ مستقبل الاشتراكية في عالم يحكمه نظام اقتصادي واحد، مجلة اليسار، القاهرة، مايو 1990م، ص 73.

محدودة فقط من الشعب في الغرب، وتصورها له وسائل الإعلام الخداعة النافذة إليه من الغرب كما لو كانت حق الميلاد الذي يحصل عليه كل مواطن عادي بدون دموع وعناء ودماء وتضحيات أخرى تهون بجوارها مشاق الحرمان الأخرى. وعندما تأتي الاشتراكية مرة إلى هذه البلدان التي خاضت تجارب التحول الاشتراكي القاسية وتحاول الآن أو تحاول أجزاء من طبقاتها الحاكمة الخلاص منها فلن تعود بشكلها القديم، وإنما ستعود كما تصورها دعاة الاشتراكية الأولون مضافا إليها الدروس المستخلصة من تجارب الماضي ومن مكتسبات الإنسانية واتساع آفاقها في عصرنا الحالي، ولكن هل كان التفاعل بين الراسمالية الاشتراكية في اتجاه واحد»؟.

الواقع - كما قيل بحق - إن ما استعارته الراسمالية من الاشتراكية ربما كان يفوق بكثير - في تنوعه واتساق نطاقة - كل ما يبدو أن الاشتراكية تستعيره الآن من الراسمالية[9]. ولعل نظرة نلقيها في المسألة التي تهمنا في هذا المؤلف تؤيد ذلك.

إن من يطالع دستور دولة راسمالية مثل إيطاليا، يجد أنه ينص في المادة 41 منه على حرية المبادرة الاقتصادية الخاصة، شريطة عدم ممارستها على نحو يخالف نفعها الاجتماعي، وتضيف المادة: «يحدد التشريع البرامج وصور الرقابة الملائمة لتنسيق الأنشطة الاقتصادية العامة والخاصة وتوجيهها صوب غايات اجتماعية».

ونجد أن الفقه الإيطالي في تعليقه على هذا النص يؤكد أن الحقوق الفردية ليست امتيازا، إنما هي مقيدة بوجوب توافق ممارستها والنفع الاجتماعي. وقد انعكست هذه النظرة للحقوق الخاصة على مفهوم التصرفات القانونية، فيذكر الفقه الإيطالي أنه لا يمكن النظر إلى «العقود» على انها شأن خاص لا يهم سوى اطرافه، وإنما هي شأن عام يهم المجتمع بأسره، والإرادة الفردية ليست سوى وسيلة الصالح العام، ويكون تقدير سلامتها وفقا لمعيار هدف الصالح العام الذي تحققه.[10]

---

(9) راجع: د/ فؤاد زكريا، المرجع ذاته، ص 53.

(10) راجع: KHalil (Magdi Sobhy): Le diriyisme économique et les contarats, Ed. L.G.D.J. Paris 1967, P222.

على هذا النحو يبين التأثير الملحوظ للمفاهيم الاشتراكية في دول تعد من قلاع النظام الرأسمالي. وسوف نلمس في هذا المؤلف التأثير ذاته في دولة «تقنين نابوليون» الذي استعارته غالبية الدول العربية، الأمر الذي يدعونا إلى أن نعالج نظرية الالتزامات في كلا النظامين القانونيين الراسمالي والاشتراكي، سيما ونحن بصدد إعمال هذه النظرية في إطار الفكر الجماهيري الذي طرح جانبا الحلول التقليدية التي صاغتها النظريتان العالميتان الأولى والثانية، وتمضي لإرساء اسس «القانون العادل» بوصفه «القانون الذي يصنعه الناس بأنفسهم، فيضعون قوانينهم المعبرة عن مشاعرهم وأحاسيسهم والمتضمنة لأمانيهم وطموحاتهم حاملة رؤاهم للحياة الخيرة التي يرغبون فيها».[11]

*

(11) راجع: شروح الكتاب الاخضر ـ المجلد الاول، ازمة السيادة والتشريع، ص 142.

باب تمهيدي

المدخل إلى النظرية العامة للالتزامات

مفهوم الالتزام:[1]

ينطوي الالتزام على معنى الارتباط والتعهد. ويثير ذلك عدة أسئلة تدور حول معرفة أساس هذا الالتزام ومحله وأطرافه وشروط صحته والغاية منه، وهي جميعا أسئلة مترابطة ومتشابكة يكون من المتعين تصنيفها وتحليل مفاهيمها الأساسية بما يسمح بتجسيدها على الصعيد القانوني.

على أن تحليل الالتزام ـ ومن خلاله مفهوم القانون ـ لابد أن يكتسب بعدا اجتماعيا. وإذا كان البعد الاجتماعي لا غنى عنه لمفهوم القانون، إلا أنه لا يتصور خارج أساسه. وهذا الأساس يكمن بدوره في الفرد، ذلك أنه إذا كان المجتمع والقانون لا يعنيان بالغايات النهائية للانسان، فإنهما يفقدان بذلك خصائصهما المعنوية، ويفقدان سلطة وصلاحية إلزام الفرد.

ويدور الحديث عن «ثالوث قانوني» يتحصل في الأفراد (الأشخاص) والأشياء (المحال) والعلاقات (الروابط) وذلك في إطار تداخل منشىء للعالم. ويقوم المجتمع والنظام والقانوني بمهام تنظيمية، وبكفالة بعض التوازنات. ويتطلب هذا

---

(1) راجع: Wahlendorf (H.A. Schauvrz :- Libermann von): Les dimensions du droit, Etudes de philosphie du droit, Ed,I.G.D.J, Paris 1978ets.

النظام استخلاص بناء متدرج من القيم وفقا لمعايير عقلانية، وبموجب «التزامات» يرتبط بها، يجري المرء تصرفات، ومن خلال تعهدات نبني العالم، ومن هذا المنظور تأخذ الأموال التي نحوزها مغزاها. إن حقيقة الأموال والملكيات وإن كانت في حوزتنا وتحت تصرفنا، إلا أنه يتعين إدراكها في إطار هذه العلاقة التي تشكل العالم القانوني.

وكل تعهد وكل التزام يبدو أولا قيدا على حرية من يتعهد، ونوعا من الاغتراب لمن يتعهد ويلتزم.. فهو يبدو باديء ذي بدء «قيمة سلبية». ومع ذلك، فالملاحظ أن الواقع الاجتماعي الذي يحيط بنا مليء بالالتزامات من كل صنف ونوع، حتى إنه يبدو نسيجا كاملا من هذه الالتزامات. إن الالتزام بوصفه أساسا لبناء قانوني، يجد تفسيره في مقتضيات الحرية ذاتها. فالحرية تقتضي السيطرة على الأحداث، وهي تفرض الأمان والتوقع. من هنا، يبدو أساس الالتزام جليا، فنحن نتخلى عن بعض «الحريات» للفوز بحريات أخرى تبدو لنا أكثر سموا، والقانون يوفر الحريات ذات المغزى الأقوى. وحتى توجه الحريات صوب غايات تحريرية، فإنه يكون من المتعين تجنب التقيد بتعهدات تنشيء تبعيات جديدة قد تكون أشد جسامة من تلك التي يراد التحرر منها.

ولا يصلح منطق التدرج الرئاسي الاجتماعي معيارا لنظام قائم على الحرية، وإنما يكون «التضامن» هو معياره الصحيح بحيث يتم الاعتراف بوضع مشترك للجميع يكون نقطة انطلاق لشبكة من العلاقات (الالتزامات) والتصرفات (الأموال) القائمة على العدالة، فكل مجتمع طبقي - اياكان شكله واية ايديولوجية تستوحى منه - يقودان حتما إلى التبعية والاغتراب.

كان للمعاني المتقدمة تأثيرها الواضح على وضع قانون الالتزامات وبلورة أحكامه بوصفه الركيزة الأساسية للبناء القانوني الخاص الحديث.

أهمية قانون الالتزامات وبلورة أحكامه:

يبرز الفقه أهمية نظرية الالتزامات بوصفها النظرية التي تشمل جميع المبادىء الرئيسية للعلم القانوني. فجميع العلاقات التي تنشأ بين الأشخاص - بالأقل تلك العلاقات التي يحكمها القانون - تتجمع في فكرة الالتزام، وليس من مسألة قانونية يمكن أن تتصور خارج هذه الفكرة. بل إن هذا النظرية - إذ يندرج فيها تنظيم مجموع العلاقات القانونية - تظهر ايضا لازمة كأساس للتعرف على

جميع قواعد القانون الخاص، وكل الأجزاء الأخرى لهذا القانون تتفرع منها وتنتهي إليها، فهي على الدوام نقطة البداية والخاتمة فيها.

وتتبدى أهمية نظرية الالتزام من النواحي العملية والنظرية القانونية والاجتماعية. فمن الناحية العملية، تشكل نظرية الالتزام الإنجاز القانوني للعلاقات الاقتصادية بين الأفراد ولتبادل الثروات والخدمات اللازمة لوجودهم. ويلاحظ أنه من الناحية الكمية، تكون قواعد الالتزامات اكثر القواعد القانونية انتشارا من حيث التطبيق. فقد يفلت المرء طوال حياته من الخضوع لأحكام الزواج او الوصاية أو الولاية، أما شؤون الحياة اليومية فهي مليئة بالعقود والتصرفات القانونية والتعامل مع الغير. ومن هنا قيل، إن أحدا لا يستطيع ان يفلت من «العقد» وإن كان ذلك لا يعني بطبيعة الحال التقليل من شأن المصادر الأخرى للالتزامات، وبالأخص ما يتعلق بالمسؤولية المدنية.[2]

على صعيد النظرية القانونية:

تبدو نظرية الالتزامات ذات أهمية فائقة، فبمناسبتها وضعت غالبية المبادىء الأساسية للقانون، وهي لا تسود التقنين المدني فحسب، وإنما مجموع القانون الخاص، وبالأخص القانون التجاري وقانون الأعمال. أما في مجال القانون العام، فلئن كانت العقود الإدارية أو مسؤولية السلطة العامة لا تخضع للاحكام ذاتها التي تحكم مسؤولية الأفراد والعقود المبرمة بينهم، إلا أن هناك إلهاما مشتركا ومفترضات أساسية تسود الروابط التعاقدية وقواعد المسؤولية خاصة كانت أم عامة.

ولا تخفى أهمية نطرية الالتزامات بالنسبة لرجال الاقتصاد. فلما كان الأمر يتعلق بالإنجاز القانوني للعلاقات الاقتصادية، فإن ذلك يشكل الساحة الطبيعية لحدوث الأفعال وردود الأفعال ما بين القانون المدني والاقتصاد. والكيفية التي يتم بموجبها تنظيم العقود ليست البتة خلوا من الآثار الاقتصادية، بل إن تعديل هذا التنظيم يشكل إحدى الوسائل الممكنة لتنفيذ سياسة اقتصادية معينة.

---

(2) راجع: Flour (Jacques) Aubert (Jean Luc): Les obligations, Volume I, Acte juridique, ED, colin 1975, P 409 ets

د / وليم سليمان قلادة ـ التعبير عن الإرادة في القانون المدني، 1955م، ص 309.

د / إسماعيل غانم ـ في النظرية العامة للالتزام ـ مصادر الالتزام، القاهرة 1966م، ص 37.

على الصعيد الاجتماعي:

يقال، إن نظرية الالتزام هي انعكاس للنظام السياسي ومؤسساتـه، وللعادات والأخلاق السائدة، والبنى والسياسة الاقتصادية، وهي تعكس فلسفة معينـة للحياة الاجتماعية.

وقد أبرز العلامة الفرنسي (ريبير) تـأثير العـوامل الاخـلاقية والاقتصـادية والسياسية في قانون الالتزامات، وذلك على الوجه التالي:(3)

1) **العامل الأخلاقي:** يقال، إن الالتزام القانوني الذي يثقل كل مدين متعاقد ويلـزمه بـأن ينفذ العقـد، ليس سوى الـواجب الأخلاقي بـوجوب احتـرام الكلمـة المعطاة.

وخارج دائرة هذا الواجب، هناك واجبات أخرى جديرة بالمراعاة: من ذلك أن تنظيم عيوب الرضا ـ وبالاخص التدليس والإكراه ـ يعكس مطلب النزاهة والصــدق في التفاوض عند التعاقد، فليس هناك واجب قانوني أو أخلاقي في احترام كلمة تم الحصول عليها بطريقة غير نزيهة. وتنظيم حالات عدم الاهلية، يكفل حماية المتعاقد الأكثـر ضعفا من التجـاوزات المحتملـة من جـانب الطـرف الأقـوى، وذلـك مطلب أخلاقي. فبالنظر لعدم وعي أو خبرة ناقص الأهلية، فإنه يكون في حـل من الواجب الذي يثقل أي فرد آخر، ويلزمه بتنفيذ ما تعهد به. وكـذلك، إن الاحتـرام المفروض على الأفراد في مراعاة النظام العام وحسن الآداب يحد من الحرية التعاقديـة. فلا الأخلاق ولا القانون يسمحان بأن تنشيء الكلمة المعطاة التزاما، إذا كانت مناهضة للصالح العام أو منافية للاخلاق.

وفي مجـال المسؤولية المـدنية، فـإن الالتزام القـانـوني بتعـويض الضــرر الناشيء عن الخطأ، يعكس الواجب الاخلاقي بعدم إيذاء الغيـر سواء عن عمـد أم عن إهمال. حقيقة، توجد حالات مسؤولية بدون خطأ تـرتكز على اعتبـارات معنويـة اجتماعية، بل اشتراكية احيانا. وقد تزايدت نتيجة التطور المعاصر للقـانون، لكنهـا حالات استثنائية. فالأصل، إن المسؤولية تقوم على الخطأ، وتظـل مرتبطـة بصورة وثيقة بالقاعدة الخلقية التي تبدو انعكاسا لها.

---

(3) راجـع: Ripert (Georges): La règle morale dans les obligations civiles, 4 ème 1949. Le régime démocratique et le droitl civil moderne, 1er ed, 1936, Aspects juridiques du capitalisme moderne, 2, éd, 1951.

2) العامل الاقتصادي: تأثير العامل الاقتصادي ملحوظ جدا في قانون العقود. فالعقود تتحصل وظيفتها في كفالة تبادل الثروات والخدمات فيما بين الأفراد، ودراسة هذه المبادلات تشكل أحد موضوعات الاقتصاد السياسي.

وكان من شأن هذا التأثير ان حرية التعاقد قد افلت نتيجة افول الليبرالية الاقتصادية. فمن المعلوم أن التقنين المدني الفرنسي المعروف بـ«تقنين نابوليون» كان يعكس مفهوما للنظام الاقتصادي الليبرالي الذي كان يحكم من الناحية القانونية مبدأ التعاقد. فالأفراد يبرمون العقود التي يريدونها، وبالشروط التي يرتضونها. وكان مبنى ذلك قناعة مزدوجة قوامها أن الحرية هي أفضل وسيلة لضبط المصالح الخاصة من خلال حلقة من التنازلات، وهي كذلك وسيلة لإشباع الصالح العام الذي هو حصيلة المصالح الفردية.

وقد يكون هذا النظر صحيحا في زمانه، إلا انه كف عن أن يكون كذلك. وقد دلت التجربة على أنه في العلاقة ما بين متعاقدين متفاوتين من حيث المركز الاقتصادي (عامل ورب عمل، فرد وشركة كبيرة) وحيث لا تتدخل السلطة العامة، فإن الأقوى يملي شروطه على الضعيف بدون وجود أية إمكانية للمناقشة. فمن أجل تجنب مثل هذه التجاوزات، كان اللجوء إلى بعض الحلول التلفيقية المتمثلة في إصدار تنظيم آمر، مثل تنظيم العطلة الأسبوعية أو الإجازات المدفوعة الأجر وغيرها.

كما دلت التجربة على أن ترك الأفراد يزاولون الأنشطة التي تروق لهم، لا يكفل بالضرورة توجيههم صوب الأنشطة الأكثر فائدة، والتي تحقق التوازن الاقتصادي. ومن هنا، حلت السياسة الاقتصادية الموجهة محل السياسة الاقتصادية الليبرالية، واقتضت السياسة الجديدة تقييدا لحرية التعاقد بنسب متفاوتة، فالمبادىء الليبرالية الجوهرية للعقود تم قلبها في إطار النظام الجماعي. فوفقا لوصف الفقيه الفرنسي (سافاتييه) حدث «تفجير» للاتفاق التعاقدي نتيجة التدخل الآمر من جانب المشرع أو واضع الخطة الاقتصادية أو القائم على تنفيذها، حيث يحددان مدة العمل وقطاعات النشاط الصناعي المراد تنميتها أو الحد منها، وحدث التدخل في مضمون العقد بحيث أصبح يفلت كله أو بعضه من إرادة أطرافه.

العامل السياسي: يعد «تقنين نابوليون» مصدرا تاريخيا للقانون المدني الليبي مرورا بالقانون المدني المصري. والملاحظ أن بعض أحكام هذا التقنين

ارتبطت بمبادىء المجتمع السياسي القائم عند وضعه.

ففي المجال التعاقدي، كان هناك مبدأ سلطان الإرادة، وقد عكس في آن واحد المفاهيم الاقتصادية والسياسية الليبرالية، وكان ترجمة لتراث الثورة الفرنسية وقيمها. فمن المعروف أن هناك قيمتين جوهريتين يرتكز عليهما المثل الأعلى الفردي تتحصلان في «الحرية والمساواة». بيد أنه سرعان ما تبدى التعارض بينهما، فكان لابد من ترجيح أحدهما على الآخر. وبعد أن كانت الغلبة للحرية المجردة، اتجه القانون المعاصر إلى ترجيح المساواة على الحرية إدراكا بوجوب حماية الطرف الضعيف أمام بطش الطرف القوي. وتقرر بموجب نصوص آمرة توفير قدر من الحماية للعمال في مواجهة أرباب الأعمال، وللمستأجرين في مواجهة الملاك، ونمت أحكام المسؤولية غير المستندة إلى خطأ تعبيرا عن رغبة المشرع في حماية الأطراف الضعفاء الذين يفتقرون إلى الحماية بغير ذلك. من هنا مثلا، كانت حماية المارة من حوادث السيارات استنادا إلى هذا الأساس الجديد للمسؤولية.

واختلاف النظرة السياسية أمر ملموس في التطور الراهن للتشريعات، وقد غالى البعض في تقدير تأثيره حتى ان الفقيه (ريبير) يسند إليه كل العقود التي تكبل حرية التعاقد. ومع ذلك، يطلق البعض تحذيرا من المغالاة في تقدير تأثير العامل السياسي في الأنظمة الليبرالية. ويقال، إن هناك إصلاحات تحققت، ربما بصورة أقوى في إطار أنظمة شمولية وبتأثير عوامل اقتصادية. فهناك تطور متواكب هنا وهناك، وإن اختلفت الأسباب. وتقودنا هذه الملاحظة إلى التعرض لمسألة اثار جدالا فقهيا شهيرا، وانقسمت حولها الآراء وتتعلق بما يعرف بنظرية «عالمية» قانون الالتزامات، أي عالمية خصائصه بقطع النظر عن النظام السياسي والاقتصادي.

نظرية «عالمية» قانون الالتزامات:

أساس هذه النظرية الإيمان بالطابع العلمي المحض لقانون الالتزامات باعتبار أنه قانون نظري تكون قواعده القانونية محكومة بتفكير منطقي محض، وساد هذا النظر في الفقه الالماني بوجه خاص.

وسطّر الفقيه الفرنسي (ساليي Saleilles) أنه في كل عمل تشريعي تشكل مادة الالتزامات شقا نظريا ومجردا، وتظهر في التشريعات الحديثة بوصفها التعبير

المثالي عن المنطق القانوني. فكان يكاد يرى في نظرية الالتـزامات نـوعا من «علم الجبر القانوني». فكل التزام ينطوي على طرفين ومحل وسبب، وكمـا يُجرى تعـديل المعادلة، يكون تغيير احد عناصر الالتزام، كأن تُجرى حوالة حق أو حـوالة دين أو تعديل للمحل أو السبب.(4)

انطلاقا من هذه المقدمات، قيل بـ «عـالمية قـانون الالتـزامات» على أسـاس الاستمـرارية في الـزمان والـوحدة في المكـان، سيما وأن التشـريعـات المـدنيـة الاوروبية كانت تحمل بصمات القانون الروماني ومبـادئه، واقتصـرت الفروق بينهـا على التفاصيل فحسب.

ويـرى القائلـون بهذا النظـر، إنه «يكفي أن يكـون الإنسان منطقيـا ويحسن التفكير» ليتوصل إلى عالمية قانون الالتزامات بوصفه في المقام الأول قانونـا علميا لا وطن له. ففي كل الأزمنة والأمكنة يكون التفكير الـواحد إمـا صحيحا أو خـاطئا، والعلم لا وطن له.

تبرير نظرية عالمية قانون الالتزامات:

تعد هذه النظرية انعكاسا لفلسفة سادت منذ القرن الثامن عشر اعتقـدت أن العقل قادر على حل كل معضلة، فسادت عبـادة العقل، ثم رئي أن العلم هـو مصدر كل تقدم حتى على الصعيد الأخلاقي والاجتماعي. ومن شأن هذه القناعة، الاعتقاد بأن النظام القانوني يكون اكثر تميزا بقدر ما يكون علميا اكثر.

وفي نهـاية القـرن التاسـع عشر ومطلـع القـرن العشـرين، أعـرب الشـراح الفرنسيون - وبالاخص ساليْ - عن إعجـابهم الشديـد بمناهـج التقنين الألمانيـة، والتي بدت بنيتها الفنية على قدر كبير من الطابع العلمي(5). ومن هنا، ساد الاعتقاد بعالمية قانون الالتزامات كنتيجة لطابعه العلمي، وبتأثير افكار سيطرت على الأذهان طوال قرن أو اثنين.

انعكاس النظرية على الصعيد الوضعي عالميا وعربيا:

كـان لهذه النظـرية صـداهـا، حتى أن بعض الـدول رأت إمكـانيـة تـوحيـد

---

(4) راجع: فلور (ر) اوبير، المرجع السابق، ص 43.

(5) راجـع: Saleilles: Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après. le premier Projet de code civil pour l'empire allemand. 1er éd 1988.

تشريعاتها في مجال الالتزامات، ومن ذلك المشروع الشهير الفرنسي/ الايطالي للالتزامات والعقود في سنة 1927م. وقد أعقبه التقنين الدولي للالتزامات المكون من 3115 مادة الذي أعده الأستاذ (فرانشيسكو كوزنتيني) وهو يتضمن تطويرا للمشروع الفرنسي/ الإيطالي، ونشر في عام 1937م.[6]

ولكن ما هو الموقف على صعيد وطننا العربي؟.

حتى نجيب على هذا السؤال، يجدر أن نلقي نظرة سريعة على التقنينات المدنية المطبقة اليوم في الوطن العربي.

يقسم الفقه[7] البلدان العربية ـ من حيث وضع القانون المدني فيها ـ إلى اربع مجموعات أصلية: المجموعة الاولى: تشمل البلدان التي ليس لها قانون مدني مسطور وهي المملكة العربية السعودية وتطبق الفقه الإسلامي في مذهب الوهابيين المعتمد على الفقه الحنبلي، واليمن وتطبق الفقه الإسلامي في مذهب الزيدية، واكثرية إمارات دولة اتحاد الإمارات العربية حيث تطبق مبادىء التشريعات الإسلامية بدون الاعتماد على أي تقنين لها. والمجموعة الثانية، وتشمل البلدان التي تطبق في مجال المعاملات تقنينا للشريعة الإسلامية وفقا للفقه الحنفي اصدرته الدولة العثمانية في النصف الثاني من القرن التاسع عشر تحت اسم «مجلة الأحكام العدلية» وهي تكاد لا تشمل سوى فلسطين. وتشمل المجموعة الثالثة البلدان التي تطبق في المعاملات مجلة الأحكام العدلية سالفة الذكر إلى عهد قريب نسبيا، ثم اتخذت لها قانونا مدنيا حديثا على نسق التقنين المدني الفرنسي أو القانون الغربي بوجه عام مع تفاوت فيما بينها في مدى استلهامها إياه، وفي مدى الجمع بين أحكامه وأحكام الفقه الإسلامي، وتشمل دول المغرب العربي ومصر وسورية والعراق والأردن والكويت.

أما السودان، فكان يطبق على المعاملات أحكام القانون الإنجليزي غير المكتوبة، إلى أن أصدر التقنين المدني الصادر بالقانون رقم 29 لسنة 1971م،

---

(6) راجع: Cosentini (Francesco): Code International des obligations en 3115 articles, Librairie Marchal& Billard, Paris 1937.

(7) راجع: د/ سليمان مرقس ـ مذكرة بشأن مشروع توحيد القانون المدني في الدول العربية، مجلة القضاء تصدرها نقابة المحامين في الجمهورية العراقية، ع 4 س 31ـ1976م، ص 26.

وتسري الآن أحكام المعاملات في الشريعة الإسلامية بالإضافة إلى أحكام القانون المدني الإنجليزي.

ويعد التقنين المدني المصري الصادر في 1948/7/16م ليعمل به اعتبارا من 1949/10/15م، المصدر التاريخي لعديد من التقنينات المدنية العربية وفي طليعتها القانون المدني الليبي[8]. ولذا، يجدر أن نلقي نظرة سريعة على مصادره لنتبين مدى إمكانية تحقيق الدعوة المطروحة حاليا ـ وهي قيد الدراسة أمام مجلس وزراء العدل العرب ـ لوضع قانون مدني عربي موحد يتضمن بطبيعة الحال توحيدا لأحكام الالتزامات المدنية.

في مصر، وضع أول تقنين مدني حديث منذ إنشاء المحاكم المختلطة في سنة 1875م حيث صدر التقنين المدني المختلط منقولا عن تقنين (نابليون) نقلا مقتضبا مخلا في بعض الأحيان، مع أخذه في نصوص قليلة منه ببعض أحكام الشريعة الإسلامية. ثم صدر بعد ذلك التقنين المدني الأصلي سنة 1883م لتطبقه المحاكم الأهلية في الدعاوى التي تقوم فيما بين الوطنيين دون غيرهم. وقد جرى فيه واضعه على خطة واضع التقنين المختلط من حيث النقل باقتضاب من القانون الفرنسي، مع الأخذ ببعض الأحكام من الشريعة الإسلامية. وفي الثلث الأول من القرن العشرين، ظهرت الحاجة ماسة إلى تنقيح شامل للقانونين المدنيين (المختلط والأصلي) وإلى توحيدهما، لا سيما بعد أن تقرر إلغاء الامتيازات الأجنبية والمحاكم المختلطة. وقد شكلت عدة لجان لوضع مشروع القانون الجديد برئاسة العلامة المصري/ عبدالرزاق أحمد السنهوري، وقد أعدت المشروع وراجعته ثم أحيل إلى البرلمان بمجلسيه، فأقره بعد دراسة مستفيضة استغرقت نحو ثلاثة أعوام إلى أن نشر مرسوم باصداره في 1948/7/26م.

وقد استقى التقنين المدني المصري الجديد من منابع ثلاثة حددها الفقيه/ السنهوري على الوجه التالي:[9]

1) القانون المدني المصري السابق وتطبيقاته القضائية، بحيث لا يقطع الصلة بين الحاضر والماضي ويفيد من تجربة النصوص السابقة بعد أن صقلها العمل

---

(8) راجع: د/ عبد السلام علي المزوغي ـ النظرية العامة لعلم القانون، الكتاب الأول، المدخل لعلم القانون، نظرية القانون، ط 1988م، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، ص 393.

(9) راجع: مضبطة مناقشات مجلس الشيوخ المصري لجلسة 1948/6/8م، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، الجزء الأول، ص 162 وما بعدها.

وأوضح مكوناتها الفقه والقضاء، وهذا هو المصدر الذي يرجع إليه عند تفسير هذا القانون.

2) الفقه الإسلامي، فقد احتفظ المشرع المصري بما كان القانون القديم يحتويه من أحكام هذا الفقه، ثم زاد عليها أحكاما أخرى استمدها منه كأحكام مجلس العقد وإيجار الوقف والإبراء من الدين، وأحكاما غيرها استمدها من الفقه الإسلامي ومن القوانين الجرمانية معا كنظرية التعسف في استعمال الحق وحوالة الدين ومبدأالحوادث الطارئة [10]. ولم يقف عند حد الأخذ بهذه الأحكام المتفرقة، بل جعل الفقه الإسلامي مصدرا من مصادر القانون الرسمية يرجع إليه القاضي في المسائل التي لا يجد لها نصا تشريعيا يسري عليها ولا عرفا ينظمها.[11]

---

(10) راجع: عكس ذلك، عبد الحليم الجندي ـ توحيد الأمة العربية بتطوير شرائعها وفقا للميثاق، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة السابعة، العدد الثالث، يوليو ـ سبتمبر 1964م، ص 41 حيث ينفي عن القانون استلهامه أحكام الفقه الإسلامي. وجدير بالذكر، إن المادة الاولى من القانون المدني الليبي، وتسايرها في ذلك المواد 2 من القانون الاردني و 4 من القانون المدني السوداني الملغى والقانون المدني السوري، تذهب إلى اعتبار الشريعة الإسلامية كمصدر من مصادر القانون، ولكنها تضعها في مرتبة تالية للتشريع وسابقة للعرف. ويشير الفقه إلى أن الفكرة الرئيسية من تقديم الشريعة الإسلامية على العرف أنه لا يصح في بلد إسلامي أن يغلب عرف يخالف الإسلام ـ حتى ولو كان وطنيا ـ على أحكام الشريعة، فلا يجب الاعتداد بالعرف إلا إذا لم يكن هناك في الشريعة من حل للنزاع. ولو اتفق الحل الوارد في العرف، فلماذا لا يردّ الحل برمته إلى الشريعة وليس إلى العرف؟ فلو اتفق العرف مع الشريعة، فإن ذلك يعني أن الشريعة قد أثرت في الأعراف وليس العكس. أما في سورية، فقد أريد من تقديم اعتماد الشريعة الإسلامية على العرف، تهدئة وهمية لنفوس الناس وإظهار أن الشريعة من مصادر القانون المتقدمة. وذهب الفقه السوري إلى أن هذا التقديم والتأخير لا يقدم ولا يؤخر شيئا بالنسبة للشريعة الإسلامية، وإنما فسر به منطق الترتيب في المادة الأولى من القانون، ذلك لأن النص على اعتماد الشريعة الإسلامية يدخل فيه الاعتماد على العرف، فالعرف من أهم المستندات التي توجب نصوص الشريعة وفقهاؤها اعتمادها ورعايتها. فاعتماد نصوص الشريعة من معناه اعتماد العرف الذي له في الشريعة اعتبار أساسي هام في بناء الأحكام، فيكون ذكر اعتماد العرف بعد مبادىء الشريعة من قبيل الحشو الذي لا فائدة منه إلا تشويش الفهم. بل إذا فرض أنه لا يوجد للقضاء في حادثة ما مستند من مبادىء الشريعة، فهذا يستلزم أن يفرض انتفاء العرف أيضا، إذ لو كان هناك عرف لما صح أن يفرض عدم وجود مستند من مبادىء الشريعة ما دام العرف من أهم المستندات في الشريعة.

(11) راجع: د/ حسام الدين كامل الأهواني ـ أصول القانون، 1988م، ص 183 و 184.
د/ مصطفى الزرقا ـ محاضرات في القانون المدني السوري، ص 12، رقم 7 ، دمشق 1954م.
وقارب: د/ عبد السلام علي المزوغي، المرجع السابق، ص 240.

3) القوانين الغربية الحديثة، حيث لا يمكن إغفال التقدم القانوني في الدول الأجنبية، ويجب الاسترشاد بما يلائمنا من أحكام والاقتباس منها. وحرص المشرع على الابتعاد عن التقليد المحض للقانون الفرنسي، واستهدف إصدار قانون متسق مع روح العصر ومع تقاليد المجتمع المصري، ومطابق لأحكام القضاء المصري في إطار الأحكام الشرعية.

على هذا النحو، كان صدور القانون المدني المصري القائم، والذي ـ كما تقدم ـ يعد مصدرا تاريخيا لعديد من التشريعات العربية ومنها القانون المدني الليبي. إلا أن التشريعات العربية لم تقتصر على تلقي التشريع المصري، وإنما مضت تسعى جاهدة لتنقية التقنين المدني من كل ما يشوبه من أحكام مخالفة للشريعة الإسلامية. وكانت القيادة الثورية الليبية رائدة في هذا المجال، ذلك أنه بتاريخ 1971/10/18م أصدر مجلس قيادة الثورة قراره التاريخي بجعل الشريعة الإسلامية مصدر التشريع في البلاد. وتشكلت اللجان المختصة لتنفيذ هذا القرار، وكان من أولى ثمارها صدور القانون رقم 86 لسنة 1392هـ الموافق 1972م في شأن تحريم بعض عقود الغرر في القانون المدني وتعديل بعض أحكامه بما يتفق مع الشريعة الإسلامية.[12]

الدعوة إلى تقنين أحكام المعاملات:

تتردد الآن دعوة تنادي بتقنين الشريعة الإسلامية والاستعاضة عن التقنين المدني القائم بمشروعات القوانين التي سميت بقانون المعاملات المدنية، ومنها ما هو مطروح أمام مجلس وزراء العدل العرب.

يتناول الفقه هذه الدعوة، فيذكر الدكتور/ حسام الدين كامل الأهواني في هذا الخصوص ما يلي:[13]

«لا جدال في أن تقنين الشريعة الإسلامية من الآمال التي يجب السعي إليها. بل لقد كان هذا الأمل قائما نصب الأعين عند وضع القانون المدني، فلم يكن غائبا على الإطلاق كما قد يتوهم البعض، ويكفي أن نورد العبارات التالية للسنهوري واضع القانون المدني:

(12) راجع: لمزيد من التفصيل: المذكر الإيضاحية المرفقة للقانون، الجريدة الرسمية، العدد 40، تاريخ 1972/8/16م.

(13) راجع: د/ حسام الدين كامل الأهواني ـ أصول القانون، المرجع السابق، ص 139 و 140.

«الفقه الإسلامي هو فقه محض لا تقل عراقته في ذلك عن عراقة القانون الروماني، وهو لا يقل عنه في دقة المنطق وفي متانة الصياغة وفي القابلية للتطور. كذلك الفقه الإسلامي إذا أحييت دراسته وانفتح فيه باب الاجتهاد قادر أن يثبت قانونا حديثا لا يقل في الجدة وفي مسايرة العصر عن القوانين اللاتينية والجرمانية، ويكون هذا القانون مشتقا من الفقه الإسلامي اشتقاق هذه القوانين الحديثة من القانون الروماني الجديد». ويستطرد الأستاذ/ الأهواني فيذكر:

«يجب أن يسبق تقنين الشريعة الإسلامية دراسة علمية جادة للفقه الإسلامي من شأنها أن تجدد شبابه بعد أن ركدت دراسته طوال القرون الماضية وأغلق باب الاجتهاد. وهذه الدراسة لم تكتمل بعد، هذا إن كانت قد بدأت. ولهذا، فإن مشروعات القوانين التي سميت بقانون المعاملات المدنية لم تصل على الإطلاق إلى الهدف المنشود، بل هي نقل للقانون المدني الحالي مع إضافة عبارات متفرقة من العبارات التي كان يستخدمها الفقه الإسلامي. ولا يليق إطلاقا أن تكون مثل هذه المشروعات البديل الذي يحل محل القانون المدني. ولهذا، نحذر بشدة ممن التسرع في إصدار مثل هذه المشروعات.. فيجب أن نكتفي من هذه المرحلة بالتعديل الجزئي للقانون المدني».

وتصدى فقيه آخر[14] لدعوة توحيد القانون المدني العربي، فيشير إلى الصعوبات التي تعترض سبيل مشروع التقنين الموحد في هذا الشأن، فيحددها في ثلاث:

1) اختلاف مصادر القانون القائم في كل من البلدان العربية.
2) تباين الأعراف.
3) التغاير في نظم الأحوال الثابتة، حيث إن نظم الملكية العقارية تمتد حدودها إلى أصول عميقة في تارخ كل بلد، سواء في ذلك تاريخه السياسي أم الاقتصادي أم الاجتماعي.

من هنا، يرى أنه يحسن التفكير في تجنب هذه الصعاب في الوقت الحاضر بقصر التقنين المدني العربي المزمع وضعه على الأحكام المتعلقة بالالتزامات والعقود.

---

(14) راجع: د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 43 وما بعدها.

على النحو المتقدم، تبدو خطورة الإقدام على إصلاحات تشريعية جذرية غير ناضجة تتجاهل الواقع التاريخي والمعطيات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية في كل قطر، ويسفر الأمر عن ترسيخ فكر تقليدي وحلول تلفيقية تجهض مسار الفكر الثوري.

ولكن، هل يسري هذا التحفظ بالنسبة لقانون «الالتزامات» أم إن «عالميته» تحول دون ذلك؟.

الرد على نظرية عالمية قانون الالتزامات:[15]

اتسمت الفكرة القائلة بعالمية قانون الالتزامات بقدر غير قليل من التجريد النظري والفساد في الاستدلال. فقيل، إن هناك استمرارية وتواصلا لقانون الالتزامات، إلا أن هذه الاستمرارية المزعومة لا يسندها الفحص التاريخي الدقيق. فمن جانب، إن القول بوجود أوجه شبه بين القانون الروماني والقوانين الوضعية الحالية لا يدل على استمرارية حقيقية، فقد عرف القانون الروماني فترات كسوف كلية طوال القرون الوسطى، ثم تمت العودة إلى بعض مواده ابتداء من القرن السادس عشر. ولكنها كانت عودة استلهمت روح التقنية القانونية الرومانية وبعض التصنيفات والمصطلحات، في حين كانت الفروق الموضوعية عديدة وعميقة. وفي مجال الالتزامات يكفي أن نسوق مثالا له دلالته الواضحة، فالرومان عرفوا قانونا شكليا يشترط توافر مظاهر خارجية محددة حتى يمكن القول بأن العقد أو الالتزام قد تكوّن. اما الآن فالأصل في العقود هو «الرضائية» بحيث تكون الكلمة المعطاة هي أساس الالتزام. ولذا، لا يسوغ إغفال هذه الأمور ذات البعد الأدبي الرفيع، والتركيز على بعض الآليات التقنية مثل التجديد والمقاصة، للقول باستمرارية القواعد القانونية الرومانية.

ومن جانب آخر، هل هناك وحدة فعلية بين التشريعات على صعيد الالتزامات؟ إن الدراسة المقارنة لأحكام الالتزامات في التشريعات المختلفة تفيد بوجود فروق فيما بين الأسر القانونية المتصاهرة، فهناك فروق بين القانون الفرنسي والقانون الألماني أشد عمقا مما اعتقد ساليْ. والدول الاشتراكية ـ كما سيأتي ـ تسن أحكاما للالتزامات لها سمتها المتميزة عن تلك القائمة في الدول

---

(15) راجع: فلور (و) اوبير، المرجع السابق 43 وما بعدها.

الرأسمالية وبالأخص في مجال العقود. فهي تعد محركا للرأسمال الاقتصادي، في حين أن النظام الاشتراكي، وإن أبقى عليها إلا أنه يحد من نطاقها، ويجري تعديلا عميقا لوظيفتها، كما أن مبدأ الحرية التعاقدية يتفاوت ضيقا واتساعا ليس بناء على المنطق القانوني المجرد، وإنما بمراعاة اعتبارات سياسية واقتصادية.

صفوة القول، إن النظر القائل بأن الأحكام القانونية يمكن أن تبنى بالتفكير المنطقي المحض امر لا يطابق الواقع. فليس من شك أن التفكير امر لا غنى عنه لرجل القانون - لعله في مادة الالتزامات أكثر من غيرها - إلا أنه ليس غاية، فالقاعدة القانونية يتم سنها ليس لأنها منطقية وإنما لكونها مفيدة اجتماعيا.

والقانون - بما في ذلك أحكام الالتزامات - ينظم الروابط بين الأفراد، ولكنه لا ينطق بذاته عما يجب أن تكون عليه هذه الروابط، وإنما يترجم مثلا أعلى سياسيا واقتصاديا واجتماعيا، ويضع القواعد الفنية اللازمة لتحقيقه من خلالها. والقواعد القانونية، بوصفها مجرد وسائل، تكون كما يراد لها أن تكون، وكما يراد أن تكون العلاقات بين الأفراد وبينهم وبين المجتمع.

ويتأكد هذا النظر بوجه خاص من إطلالة سريعة على نظرية الالتزامات في النظام القانوني الاشتراكي، حيث يتبين تميزها بسمات متفردة لا نصادفها في الأنظمة القانونية التقليدية

خصائص أحكام الالتزام في النظام القانوني الاشتراكي:

ترتبط هذه الخصائص بكنه الاشتراكية ذاتها، وتصورها لدور القانون في إطار النظام الذي تحققه. فمن المسلمات أن الاشتراكية تتوخى مبادىء أخلاقية، وتعمل على أن يعكسها نظامها القانوني. فالتحول الثوري لنظام الإنتاج ليس غاية في ذاته، وإنما هو وسيلة لتحرير الإنسان الذي هو غاية في ذاته. فالاشتراكية ليست نظاما اقتصاديا بقدر ما هي بيئة وقيم أخلاقية[16]. والقاعدة الأساسية الأولى للأخلاق الاشتراكية هي وجوب أن تكفل لكل إنسان البيئة التي يمكن أن تزدهر مواهبه في محيطها، وأن ينعم بالفضائل الطبيعية التي تأتي الحرية في طليعتها، وهي حرية يتعين توفيرها على الصعيدين الروحي والمادي.

---

(16) انظر: Dalligny (Suzanne):Essai sur les principes d'un droit civil socialist, Ed, L.G.D.J, 1976, pp 6 et 12.

بيد أن الاشتراكية هي ايضا تطلّع صوب نظام اجتماعي مبني على العدالة. ويحرص النظام الاشتراكي على كفالة الحرية من خلال إقامة العدالة. وقيل في هذا الصدد، إنه ليس النظام هو الذي يدعم العدالة وإنما العدالة هي النبع الذي يستمد منه النطام يقينه.

ولما كانت حرية كل فرد في المجتمع لا تكون كاملة أو مطلقة، وإنما يتعين أن ينال كل فرد نصيبه منها، وأن يتحقق بين اعضاء المجتمع نوع من التوازن يرمي إلى المساواة، لذا يسعى النظام الاشتراكي لإزالة الامتيازات التي تحققت في ظل ليبرالية منافقة مثل الامتيازات المقررة نتيجة الميلاد أو الميراث.. الخ.

ومتى تمت إزالة الامتيازات وأعيدت المساواة منذ نقطة البداية، فإن هناك ناموسا كبيرا يفرض على المجتمع الاشتراكي هو «قانون العمال». ذلك أن الالتزام بالعمل هو قبل أي شيء ضرورة حيوية تم التعبير عنها في الفكر الاشتراكي بنوع من الخشونة إلى حد القول بأن «من لا يعمل لا يأكل» فالعمل إسهام من كل فرد إلى مجتمعه، وهو واجب وشرف.

وكان لابد ان تنعكس المعاني المتقدمة على دور القانون وماهيته في المجتمع الاشتراكي.

دور القانون وماهيته في المجتمع الاشتراكي:

يدرك الفقيه الاشتراكي أن القانون علم، بل هو علم اجتماعي بمعنى الكلمة يبنى على الاقتصاد والأخلاق. وإذا استعرنا المصطلحات الماركسية، يكون القانون بنية فوقية لهاتين البنيتين التحتيتين، من ثم لا يكون هناك تناقض بين الاخلاق والقانون، ويكون القانون ـ على حد قول كاربونييه «مصطلحا» يكون ناموسا أخلاقيا لمن لا اخلاق له.

فالقانون ليس شرا وإنما هو خير ضروري، هدفه أن يستأصل الهيمنة الراسمالية، وأن يكفل للعدد الأكبر من الافراد وبالاخص الأكثر ضعفا، الحد الأقصى من الإمكانيات اللازمة للتمتع الآمن واللائق بحياتهم الاجتماعية.

من هنا، يحتل القانون مكانة هامة في إطار النظام الاشتراكي، وهي مكانة تشمل فروعه المختلفة وفي طليعتها «القانون المدني» على نحو ما تبينه تشريعات الدول الاشتراكية.

وقـد عبرت عن ذلـك الفقرة الأخيـرة من ديباجـة «أسس التشريـع المدني» لـلاتحاد السـوفييتي الصادرة بنهـاية عـام 1961م حيث جـاء فيهـا: «إن التقنين المدني السوفييتي مطلوب منه أن يسهم بنشاط في حل المشكلات التي يثيرها بناء الشيوعية، فهو يساعد على دعم النظام الاشتراكي للاقتصاد والملكية والاشتـراكية وتطورها صوب الملكية الاشتراكية وحدها، وتأكيد النظام في إطار الخطـة والعقود، وتنفيذ التعهدات في المواعيد المحددة وبالنوعية المطلوبة، وتحسين نـوع الإنتاج، وتنفيذ الخطط والأعمال الكبرى، وزيادة نتـائج استثمـارات رؤوس الأموال، وشـراء الدولة للحاصلات الزراعية، ونمـو التجارة السـوفييتية، وحمـاية المصـالح المـادية والثقافية للمواطنين، والتوفيق المنسجم بين هـذه المصالـح ومصالـح المجتمع في مجموعه، ونمو المبادرة الخلاقة في مجال العلم والتقنية والأدب والفنون».[17]

خصائص التقنينات المدنية الاشتراكية:

على هذا النحو، يبين أن القانون في النظام الاشتراكي لا يتـوخى ـ كما هـو الحال في الدول البرجوازيـة ـ إشباع اعتبـارات مصطنعة من «العـدالة النظـرية» وإنما كفالة بفعالية السياسة الراميـة إلى بناء ودعم الاشتـراكية بـوصفها ضمـانة «العـدالة الملمـوسة». ومن هنـا، يكون التقنين المـدني الاشتراكي تقنينـا من نمط جديد له مفاهيمه المتميزة.[18]

إن الوظيفة الاقتصادية للقـانون الاشتـراكي الناشئـة عن البنية الاشتـراكية للدولة ومن مبدأ التدخل الذي يسود تنظيم مختلف العلاقات الاجتماعية، تفرز تحولا لكـل المفاهيم القـانونيـة بحيث لا يبقى سوى تشـابـه شكلي مـا بين المؤسسـات القانونية الرأسمـالية ونظيـراتها الاشتـراكية، وإن اتحـدت مسميات المصطلحـات المستخدمة.

وتعد «العقود» من أبرز المجالات التي تكشف عن هذا الطابـع المتفرد، حيث يرتبط العقد ارتباطا وثيقا بالبنية الاقتصادية للمجتمع. فمفهوم العقد ذاتـه يتحدد

(17) راجع: Fridieff (M): Les fondementd de la législation civile de L'V.R.SS. et des réub-ligues fédérées. Revue International de droit compaf. 1962 = 1.

(18) راجـع: David (R) Hazard (J): Le droit soviétique. les données fondamentales. L.G.D.J.1954. PP 188 ets.

نتيجة للتخطيط الآمر، وكل المفاهيم والمبادىء القديمة المبنية على سلطان الإرادة والالتزام بالكلمة المعطاة تبدو قاصرة عن أن تفسر بكيفية مرضية هذه المراكز الجديدة التي يكون فيها «الالتزام» مرتبطا بإرادة القائمين على تسيير اقتصاد البلاد أكثر منه بتلاقي إرادات الأفراد.

وحتى خارج دائرة العقود المتصلة بالتخطيط الاقتصادي للدولة، فإن العلاقات التعاقدية الأخرى التي تنشأ ما بين الأفراد تخضع لمفاهيم وقيم متميزة[19]. ففي العلاقات بين المواطنين يسود بالأخص «هدف التعاون المتبادل» بينهم، وتعد هذه العلاقات عنصرا تكميليا لإشباع الحاجات المادية والثقافية لمواطني الدولة الاشتراكية.

وإذ يتصل الأمر بالعلاقات بين المواطنين، فإن العناية المبذولة لكفالة رفاهية المواطنين لا تبدو بنفس الكيفية التي تحدث فيما يخص العلاقات التي تشارك فيها المنظمات الاشتراكية. ومن ثم، فإن الحقوق والواجبات لا يمكن أن تحدد بطريقة دقيقة على نحو ما يحدث بالنسبة للخدمات. ويتم التسليم بحرية تعاقدية اوسع فيما يتعلق بتحديد مضمون هذه العلاقات، أي الحقوق والواجبات، على أن تكون الحرية التعاقدية ملتزمة الإطار الضروري لتجنب أي تجاوز محتمل لهذه العلاقات بقصد استغلال الإنسان للإنسان، أو تسخير الطرف الضعيف اقتصاديا لخدمة الطرف الأقوى. ويحرص المشرع في تنظيمه لهذه الروابط على توفير التزام «التساند المتبادل» بين المواطنين، وانسجام العلاقات القائمة بينهم، وتوافقها مع قواعد التعايش الاشتراكي.

والملاحظ أن العقود الأكثر شيوعا في الممارسة العملية ينظمها المشرع، على أن ذلك لا يحول دون أن يبرم المواطنون فيما بينهم عقودا خارج الأنماط المذكورة تشريعيا.

تصنيفات العقود:

تتنوع العقود التي يجريها المواطنون فيما بينهم، ويسوق الفقه الاشتراكي تصنيفات مختلفة لتلك العقود والالتزامات.

---

(19) راجع: luby (stefan): Le droit civil tchecoslovaque, Maison d'édition de l'Academie slovaque des scienses, Bretislava 1969, PP156 a 160.

فهنـاك اولا، الالتزامـات الناشئـة فيمـا بين المـواطنين في إطـار مـا يسمى بـالنجدة أو التسـاند المـدني Secours civique (المادة 384 من القـانون المـدني التشيكـوسلوفـاكي). وتنشأ هـذه الالتزامـات على أساس عقـد مبرم بين اثنين من المواطنين، ويتحصل مضمونه إما في تنفيذ عمـل معين أو في إعطاء قـرض أو في تقديم اية نجدة أخرى.

والمستفاد من مفهوم النجـدة أو التسانـد المدني، أن الأمـر لا يتعلق بنشاط يدر ربحا، وإنما بنجدة عارضة يقدمها مواطن إلى آخر، سواء من باب الصـداقة أم الجيرة أم التعاون بين رفاق العمل أم كوسيلة ضرورية لإنقاذ شخص من حالـة من اليأس. وعلى ذلك، يفترض القانون أنها علاقات تتحقق مجانا كأصل عام.

من جانب آخر، لا يستبعد القانون أن هذه العـلاقات على سبيـل المعاوضـة بشرط أن يتفق المواطن صـراحة على ذلـك، ويكون لمن قـدم «نجدة» الحق في أن يستـرد المصاريف التي أنفقهـا. على أنـه درءا لأي تشويـه لهـذه المسـاعـدة وبـالأخص فيما يتعلق بالقـرض، ينص القانـون على عدم استحقـاق فوائـد عن القرض إلا في الأحوال التي يتفق فيها على ذلـك، وبشرط الا تتجـاوز الفوائـد المبلغ المنصـوص عليه قانونا، ويقع باطلا كل اتفاق ينص على مزايا مالية اخرى.

والمجموعة الثانية من العقود تشمل عقودا يتعين أن تكفل، في إطار العلاقات المتبادلة بين المواطنين، استخدام المساكن وأجزاء المساكن وعقارات بالكامـل او اراض. ولما كان القانون المـدني لا يعرف نظـام عقد إيجـار المسكن، فهناك نظـام بـديل يعـرف بما يسمى تـرك منزل سكن في منـزل اسـري او في اي عين اخـرى لمـواطن. ويتم ذلك بمـوجب عقـد يتم التصـديق عليـه بقـرار من الجهـة الإداريـة بتخصيص المسكن، ويكـون المنتفـع محميـا بصـورة كبيـرة من اي مسـاس بحق الاستعمال بحيث لا يمكن إلغاء هذا الحق إلا للأسباب التي يحددها التشريع. وإذا ما ألغي حق المنتفع القديم في المسكن لأي سبب قانوني، فإنـه يخصص له سكن بديل. ويقصد بالسكن البديل، سكن يتفق وحـاجات المـواطن واسرتـه. ويلاحظ ان اسباب إلغاء الانتفاع بالسكن في المنـزل الأسري تـزيد عن تلـك المقررة بـالنسبة للمنازل المملوكة للمنظمات الاشتراكية. من ذلك، أنه إذا رغب مالك المنـزل أن يقيم في منـزله، فيكـون له الحق في طلب إبطـال حقـوق المنتفـع الآخـر، ويكـون لهـذا الأخير ـ في جميع الاحوال ـ الحق في سكن بديل.

ويعرف القانون المدني الاشتراكي نظام التأجير من الباطن ويسمى «ترك جزء من المسكن» وأساسه العقد المبرم بين المنتفع بالسكن والمنتفع الجديد لجزء منه. ويبنى عادة على موافقة الجهة المختصة طبقا للتشريع بشأن التسيير الاقتصادي للمساكن (راجع على سبيل المثال المواد 394 وما بعدها من القانون المدني التشيكوسلوفاكي). ويكون المنتفع بجزء من المسكن متمتعا بذات الحماية المقررة للمنتفع بالمسكن كله، ولا يجوز إلغاء حقه في الانتفاع إلا للأسباب التي ينص عليها القانون.

وهناك مجموعة ثالثة تخص الالتزامات بين المواطنين الناشئة عن عقود البيع والتبادل والهبة.

فبالنسبة لعقد البيع، والأصل فيه أنه عقد رضائي يبرم إعمالا لمبدأ حرية التعاقد في حدود عدم تجاوز القواعد المقررة بشأن الأسعار. على أنه إذا تعلق البيع بعقار يكون العقد شكليا حيث يتعين اتباع الشكل المقرر لنقل ملكية العقار، وتسجيل البيع وشهره لدى جهة التوثيق في الدولة. أما بالنسبة لبعض العقارات، مثل الأراضي الزراعية أو المنازل التي تكون محلا لملكية خاصة فيتعين الحصول على موافقة اللجنة الوطنية للناحية.

أما في شأن المسؤولية عن العيوب، فهي تكون اقل صراحة من تلك التي تنعقد بالنسبة للبيع في مجال التجارة الاشتراكية. ويقال، إن الأمر يتعلق في العادة ببيع أشياء سبق استعمالها بما يستحيل معه وضع ضوابط حازمة للضمان. يضاف إلى ذلك، ان المشرع يعتمد على الثقة المتبادلة بين المواطنين وروح التعاون القائمة بينهم. وينص القانون على التزام البائع الذي يعلم بوجود عيب في الشيء المبيع، أن يحيط المشتري علما بذلك عند إبرام البيع. فإذا أخل بذلك. يكون للمشتري تبعا لأهمية العيب، الخيار بين إنقاص الثمن أو إلغاء العقد. ويتعين على المشتري المبادرة بابلاغ البائع عن العيوب في حدود آجال السقوط التي يحددها القانون، وإذا لم يسفر هذا الإبلاغ عن موقف إيجابي من البائع، كان له أن يتداعى في شأنه امام القضاء. وتسري على عقد التبادل أحكام عقد البيع إعمالا لقواعد القياس.

ويبرز الفقه الاشتراكي الروح التي يتعين ان تسود عملية تنفيذ الالتزامات القانونية. ويشار مثلا إلى نص المادة الرابعة/ فقرة ثانية من التقنين المدني المجري التي تقضي بوجوب العمل من أجل التعاون المتبادل وطبقا لمقتضيات

التعايش الاشتراكي. ويفسر هذا الواجب على انه ينطوي على فائدة عملية بالأخص في العلاقات التعاقدية، ذلك انـه يضيف إلى جانب الالتـزامات النـاشئة عن العقـد ذاته، التزامات أخرى لصيقة بها تتصل بالمقتضيات المختلفة المتعلقة بالمعلـومات والآراء يتعين توفيرها للمتعاقد الآخر، والعناية الواجب بذلها عند إبرام العقد.[20]

لئن نصت التشـريعـات الغـربيـة ـ من ابـرزهـا التشـريعـان السـويسـري والالمـاني ـ على الالتزام بـالعمل بـالأخص في حالات الخطـر، إلا انـه، في إطـار القانون الاشتراكي، فإن التـزام التعاون الاشتـراكي يتطلب في العلاقـات العقديـة بوجه خاص أكثر من مجرد اتخاذ موقف محايد يتسم بالرعاية، وإنما يتطلب تقـديم العون والمساعدة والوقاية الإيجابية من الأضرار، وبذل الجهـد للحد من الخسـائر، اي ممارسة نـوع من الفضيلة الملـزمة بـدون سند. ويـلاحظ في هذا الصـدد، أن الـوسيلة الـرئيسية التي يستخـدمها القـانون لتشجيـع هذا المسلـك لا تتمثـل في جزاءات توقع على المتقاعس، وإنما هي مزايا تتقرر لمكافأة النشاط.

وتتصل هذه الالتزامات غير المألوفة في التشـريعات الغـربية بمفهـوم يسود التقنينات المدنية في الدول الاشتراكية، وهو مفهوم «قـواعد الحيـاة في المجتمع». فكثيرا ما يميل القانون المدني إلى هذه القواعد لتحديد مضمون علاقة قـانونيـة أو إبعاد أي حق. فمن يطالع القانون المدني البولوني يجـد الإشارة إلى تلـك القواعـد في عـديـد من المـواد، سـواء مـا يتعلق منهـا بتحـديـد مضمـون حق الملكيـة والحقـوق العينية الأخرى (المـواد 140 و 233 و 298) أو ما يتعلق بتحـديد آثـار التصرف القـانـوني وتفسيـر إعـلانـات الإرادة وأسلـوب تنفيـذ الالتـزامـات (م 56 و 65 و 354)[21]. كما تنص المادة 440 من القانون المـدني البولـوني على أن المحكمة تحد من التعويض عن المسؤولية التقصيرية إذا كانت قـواعد الحيـاة في المجتمع تحبذ ذلك التحديد.

وفضلا عما تقدم، ينص القانون على ترتيب آثار سلبية على المسلك المخالف لقـواعد الحيـاة في المجتمع. من ذلـك نص المادة الخـامسة من القـانون المـدني

(20) راجـع: Eörsi (Gyula): Le droit civil. in. Introduction au droit de la République Populaire Hongroise. Ed. Pedone. Paris 1974 PP 149 ets.

(21) راجع: Nouvakouvski (zygmunt): Code civil. in. Etudes sur le droit polonais actuel. Ed. Paris. Mouton. Lahaye 1968. PP 19 ets.

البولوني التي ترفع الحماية القانونية عن الحق الذاتي إذا انطوت ممارسته على مخالفة لقواعد الحياة في المجتمع، كما تنص المادة 412 من التقنين ذاته على المصادرة لصالح الضرائب بالنسبة لأي أداء يكون مخالفا للقانون أو لقواعد الحياة في المجتمع. كما تجيز المادة 1008/ فقرة أولى للموصي أن يحرم وارثا له إذا اصر على مخالفة إرادته ومباشرة مسلك يخالف قواعد الحياة في المجتمع.

على هذا النحو، تعمل هذه القواعد على أن تحقق تطبيق القانون بالتوافق مع الحاجات المتغيرة تبعا لظرف الزمان والمكان وموضوع الالتزام ذاته. وهي نظام من قواعد السلوك في المجتمع تتصل بالدائرة الخارجية للسلوك البشري على نحو ما سيأتي تفصيلا.

من جانب آخر، وبالنظر للطابع المخطط للاقتصاد القومي ولكون الاقتصاد الاشتراكي يرمي لإشباع الحاجات المادية والثقافية لكل المجتمع ولجميع أفراده، فإن التشريع الاشتراكي يرسي «مبدأ التنفيذ الفعلي للالتزامات». وذلك يعني، إنه كأصل عام، يكون من غير المقبول التعويض النقدي عن الأضرار الناشئة عن عدم التنفيذ العيني للالتزام. وهذا الحل يتسق والتغيير الكيفي الذي يطرأ على طبيعة العلاقات بين الدائن والمدين، وهي - كما تقدم - علاقات تعاون تتوخى التنفيذ الدقيق لالتزامات العقد بما يتفق وحاجات الاقتصاد الوطني وهدفها الاجتماعي والاقتصادي.[22]

على هذا، تنص المادة 198 من القانون المدني لجمهورية روسيا الاتحادية الاشتراكية السوفييتية على أنه «يجب تنفيذ الالتزامات بصورة ملائمة وفي المدة المقررة لتعليمات القانون أو عمل التخطيط أو العقد. وعند تخلف مثل هذه التعليمات، فطبقا لما يقدم عادة من مطالب. ويجب على كل من الطرفين عندئذ أن ينفذ واجباته بالصورة الأكثر توفيرا للاقتصاد الوطني الاشتراكي، وأن يقدم للطرف الآخر كافة المساعدات الممكنة لتنفيذ واجباته».

وفي المعنى ذاته وتوخيا لذات الهدف، تنص المادة 43 من القانون المدني التشيكوسلوفاكي على التزام الأطراف المتعاقدة عند إبرام العقود، بالعمل على خلو تلك العقود من الأمور التي من شأنها أن تثير منازعات لاحقة.

---

(22) راجع: Blagojevic (B.T) et autres: Introduction aux droits socialistes, Akadémiai Kiadó, Budapest 1971, PP 426 ets (et) P 458.

وفي مجال الالتزامات المخططة التي ترمي إلى كفالة تحقيق الخطة، فإن مبدأ التنفيذ الفعلي يتبدى في الآثار التالية:

- يكون للدائن ليس فقط الحق، بل عليه الواجب، في أن يطلب من المدين التزامه.

- يكون المدين ليس فقط ملزما بتنفيذ التزامه، وإنما يكون له الحق في مواجهة الدائن في أن يقبل هذا الأخير التسليم المعروض عليه.

- إن تعويض الأضرار الناشئة عن عدم التنفيذ والجزاءات الأخرى، لا يعفي المدين بالالتزام من التنفيذ العيني لالتزامه.

- إن التعاون والعناية المطلوبين في تنفيذ الالتزامات التعاقدية، يكونان أكثر إلحاحا حيث يتصل الأمر بتنفيذ التزام يتعلق بالملكية الاشتراكية وذلك دونما حاجة لنص في هذا الصدد.

أما بالنسبة للمسؤولية الناشئة عن عدم تنفيذ الالتزامات، فيشير إلى إن التشريعات الاشتراكية تأخذ كأصل عام بمبدأ الخطأ أساس للمسؤولية، وهو خطأ مفترض بحيث أنه يقع على عاتق الطرف الذي لم ينفذ التزامه عبء إثبات السبب الأجنبي الذي لايد له فيه. (المواد 471 مدني بولوني و 222 مدني روسي و 79 بلغاري).

ومبدأ الخطأ كأساس للمسؤولية يكمله مبدأ التعويض الكامل للضرر الناشىء من عدم التنفيذ، بحيث إن التعويض يشمل مافات من كسب، بالإضافة إلى ما لحق من خسارة. (المواد 81 من قانون الالتزامات البلغاري و 361 مدني بولوني و 219 مدني روسي).

ومن خصائص القانون الاشتراكي عدم السماح بشروط الإعفاء أو التغليظ أو التخفيف من المسؤولية فيما بين المنظمات الاشتراكية. ونكتفي الآن بالإشارة إلى أن ثمة خمسة مبادىء تسود نظرية المسؤولية في القانون الاشتراكي هي:

1) مبدأ احترام الشرعية الاشتراكية.
2) مبدأ وحدة المسؤولية المدنية.
3) مبدأ المسؤولية المبنية على الخطأ.
4) مبدأ التعويض الكامل للضرر.
5) مبدأ المسؤولية الفردية.

وأخيرا، نشير إلى أنه إذا كانت التشريعات الاشتراكية تبدو متفقة في

التشريعات الغربية من حيث تعدادها لمصادر الالتزامات، إلا أن التشريعات الأولى تنفرد بأنها تجعل القرارات الإدارية للتخطيط «مصدرا» أساسيا للالتزامات المدنية، وللحقوق المدنية بوجه عام[23]. ولعل هذه الخاصية كانت من بين الأسباب الدافعة لبعض الفقه الاشتراكي إلى المناداة بالاستعاضة عن أحكام التقنين المدني في مجال الالتزامات بما أصطلح على تسميته بالقانون الاقتصادي.

من القانون المدني إلى القانون الاقتصادي:

ثار جدال شديد في الدول الاشتراكية حول «دور القانون المدني» نظرا للتصفية التدريجية للاقتصاد الخاص. فقد انتقلت ملكية غالبية وسائل الإنتاج إلى ملكية الدولة والملكية التعاونية بما ينطوي على إزالة الملكية الخاصة وما تقتضية من روابط القانون المدني لتحل محلها الروابط الإدارية.[24]

تأصيل المسألة: [25]

عند وضع التقنينات المدنية الاولى، مثل تقنين نابوليون، في مطلع القرن التاسع عشر، كانت الأوضاع جلية وواضحة. فكانت العلاقات بين الأفراد تخضع لأحكام التقنين المدني الذي يقوم على المساواة بين الأطراف، ويكون جوهره سلطان الإرادة والحرية التعاقدية. وكانت الدولة تبدو أقرب إلى «الحَكَم» الذي يضع قواعد اللعبة دون أن يشارك فيها.

وفي مواجهة هذا القانون الخاص، كان هناك القانون العام بوصفه قانونا أمرا يمس المواطنين في صلاتهم بالدولة أي المجتمع، ومتوخيا خضوعهم لمصالحها.

ومنذ منتصف القرن الحالي، ومع تفشي السياسة القائمة على التوجيه الاقتصادي من جانب الدولة، أضحت العلاقات الخاصة ساحة فسيحة لنشاط المشرع، بما في ذلك الدول الليبرالية، وحل التنظيم الآمر لهذه العلاقات، بنسب متفاوتة، محل التنظيم الليبرالي لها، وأخذت الدولة تؤكد بصورة متزايدة سلطانها وهيمنتها، وانتزعت من الدائرة الخاصة مجالات متصاعدة من الأنشطة، وباتت العلاقات القانونية التي كانت متروكة للارادات الخاصة تخضع لمضمون مفروض

---

(23) راجع: المرجع ذاته، ص 423.

(24) راجع: Nolivakouvski: op.cit. P 144 ets.

(25) راجع د. مجدي خليل، المرجع السابق. ص 369 وما بعدها.

عليهـا بصورة آمـرة. وتفجرت القضيـة الشهيرة حـول «التطبيـع العـام للعـلاقـات الخاصة» والتي ترتكز قـاعدتهـا على التعارض الحـاد بين القانـون العام والقـانون الخاص.

ففي خـاتمة القـرن التاسـع عشر ظهـر القانـونان الخـاص والعام منفصلين ومتبـاعدين، إلا إنهمـا اليـوم يبـدوان متـداخلين ومتشـابكين حيث يعكسـان على الصعيد القانـوني المفاهيم الاقتصـادية التي سـادت في هاتين الحقبتين، فـاللقاء الـذي تم بينهما يـرتبط بالظـروف الاقتصاديـة أكثر من ارتبـاطه بـأحـد الفـرعين التقليديين للقانون.

ظهور القانون الاقتصادي نتيجة تطور الظروف الاقتصادية:

طبقا للتصور الليبرالي، يعد الاقتصاد مسألة خاصة فهو متروك للأفراد الذين يتسـاومون بحـرية حـول شؤونهم توصـلا لتحقيق مصالحهم، وبطـريقـة مبـاشـرة المصلحة العامة. أما الدولة، فقد نظر إلى تدخلها على أنه شرّ يتعين تجنبه لأنه قد يسفر عن إخلال بقوانين «الانسجام الطبيعي» ويكـون دورها الـوحيد هـو أن تكون حارسة للسلام، وتوفر الخدمات العامة بالمعنى الدقيق لهذا المصطلح.

ونشأ عن ذلك من جانب، قانون عام ضيق يعني أساسا بـالتنظيم الدستـوري والإداري للدولة. ومن جانب آخر، قانون خاص الأفراد هم أطرافه، ويشكل التعاقـد الحر سمته الأساسية تعبيرا عن سلطان الإرادة. ومهمة هذا القانون الخاص ـ عدا بعض الاستثناءات ـ أن تكمل أو تفسر إرادات الأفراد.

ومن الطبيعي أن تتغير هذه الأوضـاع اطرادا، وحلـول المفاهيم القـائمة على التوجيه محـل الفرديـة الليبراليـة. فلم يعد الاقتصـاد مسألـة خاصـة محضة. وتم الاستعاضة عن القوانين الطبيعية بقوانين مصطنعة معـدة وفقا لأسـاليب الحساب الاقتصادي. وأدّى تطبيق هذه القوانين إلى ظهور الدولة على المسرح الاقتصادي، تارة كموجه يحدد للأنشطة الاقتصادية المجالات التي يتعين عليها أن تخوض فيها، وتارةً لتؤدي مباشرة بعضا من تلك الأنشطة.

ونشأ عن هذه الأوضـاع تضخم حجم القانـون العام بحيث لم يعـد مقصورا على التنظيم الـدستوري والإداري للـدولة، إنمـا اختص بـدور أسـاسي في تنظيم الاقتصاد القومي. ومن جانب آخر، بزغ قانون خاص لا يكـون أطرافـه أشخاصـا خاصين فحسب، بل ويسري على أشخاص عامين كذلك. ولم يعد العقد الحر سمته

الأساسية وإنما العقد الموجه، وتجاوزت نصوصه الدور التكميلي أو التفسيري لتصبح آمرة كذلك. وبدلا من أن يؤثر القانون الخاص في العام، خضع الفرعان في تطورهما لذات الأسباب الاقتصادية. فليس تطور القانون العام هو الذي يحدث تطور القانون الخاص، وإنما هي التحولات الاقتصادية التي تفرز تطورهما معا. ولوحظ في هذا الصدد، أن الاقتصاد الموجه الذي تتحصل ترجمته القانونية في تقرير اسلوب العقود الآمرة، عاش على السواء في إطار انظمة ليبرالية وانظمة شمولية، أي استقلالا عن البنية الدستورية ومبادىء القانون العام. غاية ما في الأمر، أن القانون العام يبدو أسرع في استجابته للتحولات الاقتصادية من القانون الخاص.

فمن الناحية الزمنية، يكون تطور القانون العام سابقا على تطور القانون الخاص مادام أن التنظيم الاقتصادي للدولة يتم بموجب تدابير من القانون العام. ومن هنا، ظن البعض أن القانون العام أساس تحولات القانون الخاص. والواقع، إن القانونين العام والخاص - مع التسليم جدلا بسلامة هذا التمييز - في خلال تطورهما المتوازي وبتأثير العامل الاقتصادي يختلطان ويتشابهان. فهناك افراد يبرمون عقودا خاصة على اساس انظمة أخرى مستمدة من القانون العام، وأشخاص عامون يخضعون لأحكام القانون الخاص مع احتفاظها - على الرغم من ذلك - بطابعها العام.

على هذا النحو، تنشأ على حدود القانون الخاص والقانون العام منطقة قانونية مختلطة تتضمن قواعد تنتمي لأنظمة قانونية مختلفة (مدنية - إدارية - ضريبية - جنائية) يجمع بينها ما يسميه الفقيه (فاسير) «وحدة الروح - وحدة المحل - وحدة المنهاج»:(26)

- وحدة الروح. ذلك أن جميع هذه القواعد التي تم تجميعها في هده المنطقة المختلطة يوحد بينها هدف سام مشترك وهو كفالة تنظيم الاقتصاد القومي وسيره وفقا لقوانين شاملة ومنسقة وعلمية.

- وحدة المحل. ذلك أن هذه القواعد لا تسعى لكفالة سير المرافق العامة وهو الأمر الخاص بالقانون الإداري، ولأن تضع تحت تصرف الأفراد الوسائل التي تكفل مصالحهم على أكمل وجه وفقا لاهتمامات المصلحة العامة.

---

(26) راجع: Vasseur: Le droit de la réforme des structure industrielles et des économies régionales 1955, Ceté. P 516.

- وحدة المنهاج. ذلك أن هذا القانون الاقتصادي يهمل في أن واحد اهتمامات السلطة العامة واهتمامات المصالح الفردية، فهو قانون الجماهير لا يلجأ إلى «الأمر» الذي يشكل سمة القانون العام، ولا إلى التفسير وهو ما يخص القانون الخاص، وإنما يستخدم أساليب متعددة، فيأمر تارة - كما هو الحال بالنسبة للتسعيرة ومراقبة النقد مثلا - ويلجأ إلى التحفيز والتشجيع تارة أخرى - مثل تقديم الدعم المالي والاقتصادي - وتارة يقدم العقود النمطية البديلة والمعلومات الاقتصادية. والملاحظ أنه حين يحرض أو يشجع قد يستخدم في هذا الصدد بعض أساليب القانون العام، وحين يأمر يكون ذلك أحيانا بوسائل القانون الخاص، ومثال ذلك النصوص الآمرة للعقود النمطية أو النموذجية.

ولما كان القانون الاقتصادي يتسم بالوحدة من حيث روحه ومحله ومنهاجه، فإنه يكشف بذلك عن جانبه الإبداعي وتفرده سواء بالنسبة للقانون العام أم بالنسبة للقانون الخاص. من هنا، نودي بوجوب قانون اقتصادي مستقل عن كل من القانون الخاص والقانون العام. وإنه إذا كان القرن الماضي قد عرف التقسيم الثنائي للقانون إلى عام وخاص، فإنه لم يكن قد شهد بعد مولد هذه المنطقة القانونية المختلطة (من القانونين العام والخاص) وإلا ما كان قد تم الاكتفاء بذلك التقسيم الثنائي التقليدي.

يضاف إلى ما تقدم، القول بأن فكرة خلق فرع مستقل من القانون الاقتصادي ليست جديدة. ومنذ زمان مضى يدرس الألمان ما يسمونه «قانون الاقتصاد Wirtschaftsrecht» وهو القانون الذي سمح للكتاب الألمان خلال الحرب بأن يسنوا التشريع الذي يضع الاقتصاد القومي في خدمة الدولة.

ويشير الكتاب إلى المزايا التي تترتب على تكريس فرع للقانون الاقتصادي، فيقال إنها ذات طابع مزدوج بسبب أن هناك مزية ذات طابع سلبي تهم القانون الخاص. فيقال، إن القانون المدني التقليدي سوف يربح كثيرا بهذا الفصل. فهو سوف يتحرر من تأثير المقتضيات الاقتصادية العامة، ويكون أكثر قدرة على الدفاع عن المبادىء الجوهرية التي تقوم عليها الحرية التعاقدية واستقلال الإرادة والاحترام المطلق للعقد. وبذا، يحقق نقاء المبادىء الخاصة في القطاعات التي لا تزال تسودها المفاهيم الليبرالية، وإن هذا النقاء تقابله تضحية من جانب القانون الخاص حيث يتخلى عن شق من مجال تطبيقه.

ومن جانب آخر، هناك مزية ذات طابع إيجابي تقوم على أنه بتكريس استقلال القانون الاقتصادي سواء بالنسبة للقانون الخاص أم بالنسبة للقانون العام، فإنه يتم تحريره من الحلول التقليدية القديمة التي لم تعد تتوافق والضرورات الاقتصادية الحديثة. ولما كان القانون الخاص قد بني أساسا على مفاهيم الحرية التعاقدية واستقلال الإرادة والقانون العام وعلى مفاهيم سيادة الدولة وصلاحياتها السيادية، فإن القانون الاقتصادي يكون له مفهومه الجوهري الذاتي الذي يحكم حلوله، وهو المصلحة الاقتصادية العامة المتصلة بحسن سير القوانين الاقتصادية.

في إطار مثل هذا القانون، لن ينظر إلى الروابط التعاقدية بوصفها روابط مستقلة لا تُمس كما هو الحال في القانون الخاص أو بوصفها روابط تبعية كما هو الحال في القانون العام، وإنما ينظر إلى العقود في إطار القانون الاقتصادي بوصفها أجزاء وعناصر في آلة ضخمة أوجدها ويسيرها القائم على التوجيه الاقتصادي وجميع القواعد اللازمة لكفالة حسن سير هذه الآلة، سوف تسري على العلاقات القانونية التي تتحقق في هذا المجال. من ذلك الأخذ بحلول مثل تصحيح العقد المشوب بعيوب عند إبرامه، وتعديل العقد أثناء تنفيذه، وإعادة النظر فيه. فهي كلها حلول تقتضيها ضرورات التوجيه الاقتصادي، وهي ايضا كلها حلول من العسير إدراجها في داخل القانون الخاص، لكن يكون من اليسير الأخذ بها في إطار قانون اقتصادي تسوده رغبة أساسية في كفالة المصلحة العامة المرتبطة بحسن سير القوانين الاقتصادية.

على أن فكرة القانون الاقتصادي لا تخلو من المثالب والأخطار، فيشار إلى أن هذا القانون متى حصل على استقلاله فإنه قد ينطوي على تهديد للضمانات الأساسية للأفراد ولمفهوم القانون ذاته.

فالقول بتحرير القانون الاقتصادي من القانون الخاص والنظر إلى العقود المبرمة في هذا المجال على أنها عناصر لآلة ضخمة يسيرها القائم غلى شؤون التوجيه الاقتصادي وفق مشيئته وبدون أن يحاج بمبادىء القانون الخاص المتعلقة بالحرية التعاقدية أو باستقلال الإرادة، فإن ذلك ينطوي على تسليم الأفراد لسلطان الدولة المتعاظم، وأن يُنظر إليهم بوصفهم ذرات يتحقق تكاملها في إطار الكل، أي افراد لا يحوزون حقوقا ومصالح ذاتية جديرة بالاحترام بما يسفر عن مفهوم شمولي للمجتمع.

ويرد انصار القانون الاقتصادي على هذه الحجة بالقول بأنها تتناسى واقعة اساسية، وهي إن القانون الاقتصادي ليس سوى نتيجة تطور ومظهر للواقعية القانونية. فظهوره - كما يقول جوسران -[27] يعود إلى الموجة العارمة التي دفعت الدولة إلى التدخل في المجال الاقتصادي، وإلى أن يخضع القانون لنير الوقائع الاقتصادية التي تسيطر عليه. وحين يحدث تدخل الدولة، فإنه يكون - من حيث المبدأ - متأثرا بفلسفة سياسية معينة، قد تكون مزيجا من الليبرالية والتدخل كما هو الحال في فرنسا، أو اشتراكيا كما حدث في التطبيقات الاشتراكية. وفي جميع هذه الفروض، يجري القانون الاقتصادي صياغة النصوص المستمدة من السياسة الاقتصادية للدولة وفق الأسس المذهبية للدولة. وبذا، يسوغ الحديث عن قانون اقتصادي ليبرالي جديد، وآخر اقتصادي اشتراكي، وثالث اقتصادي شمولي. وهي قوانين تختلف فيما بينها ليس فقط من حيث مساحة القطاع الاقتصادي الذي تحكمه، وإنما - وبالاخص - من حيث الدور المتروك للأفراد ولحرياتهم ومبادراتهم في المجال الاقتصادي.

على هذا النحو، يمكن القول، إن مفهوم القانون الاقتصادي لا يشكل في حد ذاته تهديدا للضمانات الفردية، وإنما يكمن المعيار في الفلسفة السياسية التي تكون الدولة قد تبنتها أساسا لتدخلها في المجال الاقتصادي.

غير أن هناك اعتراضا آخر أشد خطورة يوجه إلى القانون الاقتصادي، يتعلق بجوهر هذا القانون ذاته وبماهيته القانونية الحقيقية.

فيقال، إن المطالبة بقانون اقتصادي مستقل له هدف أساسي هو التحرر من المبادىء القانونية التقليدية، ووضع فرع جديد من القانون يتوافق وحاجات الاقتصاد المعاصر، ويساير معطيات العلم الاقتصادي الحديث. إن مثل هذا القانون سوف يتأثر بهذا الطابع العلمي، وتقوم أحكامه على المبادىء الاقتصادية المحضة دونما مراعاة للحلول القائمة على العدالة بما يسير بالمجتمع وبنسب متفاوته صوب الـ «لاقانون».

وهذه الاعتبارات المتعارضة التي تدور حول قضية استقلالية القانون الاقتصادي كان مجالها الخصب في التطبيقات الماركسية اللينينية منذ قيام ثورة

(27) راجع: Josserand: La Publicisation du contrat, in, mélanges lambert, T.III, 1938. P144.

أكتوبر في روسيا السوفييتية، حيث انقسم الرأي حول الأخذ بمفهوم القانون الاقتصادي أو الإبقاء على وحدة القانون المدني.

الجدال حول القانون الاقتصادي في الدول الماركسية:[28]

إنكار التمييز بين القانون العام والقانون الخاص:

ينقل عن (لينين) قوله «لا نعترف بأي أمر خاص. فبالنسبة لنا، جميع مجالات الاقتصاد هي من القانون العام وليس الخاص». على هذا النحو، منذ بداية الثورة البلشفية بدأ التخلي عن التمييز بين القانون الخاص والقانون العام، وأصبح كل شيء عاما بما في ذلك القانون المدني بعد أن طرأ تحول في طبيعته، نتيجة تحول الاقتصاد من خاص إلى عام. ويجري الشراح تفسير هذا الأمر على أنه يعني أن القانون السوفييتي يرمي إلى بناء نظام اجتماعي جديد، وأن أي خرق له أمر لا يعني فقط المجني عليه مباشرة في هذا الخرق، بل وكذلك الدولة وكل السلطات العامة.[29]

والاعتبار الأساسي الذي قاد الفقه السوفييتي إلى إنكار التمييز بين القانون العام والقانون الخاص، مرجعه أن الماركسيين يرون أن الأمر الجوهري لتحديد العلاقات في داخل المجتمع هو البنية الاقتصادية لهذا المجتمع. من ثم، يكون القانون الخاص تابعا تبعية مطلقة للقانون العام الذي يعطي الشكل القانوني للبنية الاقتصادية. وينطوي نفي التمييز بين القانون العام والخاص على تأكيد الوحدة العميقة للقانون، تلك الوحدة التي تنبع من واقع أن القانون بجميع فروعه، هو أساسا انعكاس للتنظيم الاقتصادي للمجتمع.

يضاف إلى ما تقدم اعتبار ثان، ذلك أن الماركسية اللينينية تطابق بين القانون والضغط والقمع. فهي لا ترى في القواعد القانونية قواعد مطابقة للعدالة أو

---

(28) راجع: د/ مجدي خليل، المرجع السابق، ص 390 وما بعدها.

راجع: Szabo(J): Introduction aux droits socialistes, faculté Internationale Pour l'enseignement du droit comparé, Strasbourg 1968, PP 53 ets.

David(R), Hazard(J): Le droit soviétique, op.cit, PP 185 ets.

(29) راجع: David(R): Les Grands systèmes de droit contemporains, Dalloz, 1964, PP 164 et 258 ets.

مستوحاة من الأخلاق يذعن لها الأفراد طواعية في علاقاتهم المتبادلة، وإنما تكون القواعد القانونية هي تلك التي تفرضها الطبقة الحاكمة من أجل ضمان مصالحها الاقتصادية واستمرارية دكتاتوريتها. فالقانون ليس سوى مظهر للسياسة، وأداة في خدمة الطبقة السائدة. وفي إطار هذا المنظور، لا محل لقانون خاص يزعم استقلاليته عن أي طابع سياسي. والقول بأن كل شيء هو قانون عام، يعبر عن فكرة أن كل علاقات القانون تحكمها عقيدة سياسية، فالقانون شأن سياسي وما ليس سياسة لا يعد قانونا.[30]

ولما كان القانون بأسره ـ وليس فقط ما نسميه قانونا عاما ـ هو أحد مظاهر السياسة، فإن ذلك يستتبع إضفاء الصفة الآمرة وطابع النظام العام على أكبر عدد ممكن من القواعد القانوينة بغية كفالة نجاح السياسة. ويزداد هذا الأمر إلحاحا بالنظر لرغبة القيادة الماركسية في تحويل المجتمع القائم وخلق مجتمع جديد، فمن المتعين تغيير كافة العلاقات واشكال السلوك من أجل خلق الشروط التي يكون من الممكن في إطارها التنازل عن الضغط والقمع أي عن القانون، وتسود بين المواطنين روح الإخاء والتفاهم المتبادل، والقواعد والآمرة من دون المكملة او المفسرة، وهي وحدها القادرة على خلق وفرض المجتمع الجديد. بل إنه لا يكفي القول بأن القانون المدني هو في حقيقته قانون عام، وإنه من المتعين ان تصبح قواعده آمرة. ذلك انه في عدد كبير من الحالات، سوف يتم دعم الطابع الآمر على نحو يكفل بصورة أفضل نجاح سياسة القيادة الماركسية، وذلك بتقرير عقوبات جنائية على انتهاك قواعد القانون المدني. من ذلك مثلا، أن عدم تنفيذ العقود في القطاع الاشتراكي قد يرتب جزاءات جنائية، كما أن إنشاء منشأة خاصة متدثرة شكلا صوريا من التعاونية يعد جريمة جنائية، والشراء من أجل إعادة البيع هو جريمة يرتب لها القانون الجزائي عقوبة.

انعكاس هذا النظر على صعيد القانون المدني:

منذ الأعوام الأولى للثورة البلشفية كانت هناك محاولة لـ «تحرير» الجزء الأكبر من الاقتصاد القومي من أحكام القانون المدني، وهو الجزء الاشتراكي الذي

---

(30) راجع: لمزيد من التفصيل حول نقد التمييز بين القانون العام والقانون الخاص: د/ عبد السلام علي المزوغي ـ نظرية القانون، المرجع السابق، ص 161 وما بعدها.

أريد اخضاعه لقانون جديد أطلق عليه تسمية «القانون الاقتصادي» اقتباسا من التسمية الألمانية.

بادىء ذي بدء، من المتعين ملاحظة أن الحديث عن القانون الاقتصادي تردد في الفكر الماركسي في مرحلتين مختلفتين:

ففي العشرينات من هذا القرن أطلق الفقيه السوفييتي (باشوكانيس) وأنصاره الفكرة القائلة بأن القواعد القانونية المنظمة للعلاقات الاقتصادية أي التي تتضمن حقوقا والتزامات، هي من حيث الموضوع والماهية نوع من امتداد لحياة القانون البرجوازي يصلح فقط لما تبقى من القطاع الخاص المتجه إلى زوال. أما التنظيم القانوني للقطاع الاقتصادي الاشتراكي، فهو مجرد من الطابع القانوني، بالأقل بالمفهوم الذي يقوم على فكرة الحقوق والواجبات، وإنما هو تنظيم له طبيعة إدارية بسوده اعتبارات الملاءمة. وهذا «القانون» للقطاع الاشتراكي، هو القانون الاقتصادي بمعنى مجموعة القواعد الفنية لتسيير الاقتصاد إلى حين يحدث تلاشي الدولة، وذلك أمر كان من المتوقع قرب حدوثه، وهو - فيما رأى (باشوكانيس) وانصاره - سوف يسفر عن تلاشي كامل للقانون بحيث لا يبقى سوى القانون الاقتصادي على غرار القواعد الإدارية التي تحكم الآلية الاقتصادية، تتجرد عندئذ من الطابع القانوني[31].

على هذا النحو، أدخل النظام القانوني في عملية تلاشي الدولة التي تنبأت بها الماركسية اللينينية. ورئي أن القانون المتسم بالقمع والضغط يكون قد عفا عليه الزمان فيما يتصل بالمجالات الاقتصادية، ومن شأن التخطيط الإداري أن يجعله أمرا لا جدوى منه. وبذا، فإن الاقتصاد لن يوفر البنية التحتية للعلاقات الاجتماعية فحسب، بل وكذلك البنية الفوقية لهذه العلاقات.

وكان هذا التصور للقانون الاقتصادي أساسا لإنشاء تحكيم الدولة في عام 1922م. ورئي أن تكون «الملاءمة الاقتصادية» هي محك اختبار الصحة والسلامة. وسلخت المنازعات التابعة للقطاع الاشتراكي من اختصاص المحاكم العادية

---

(31) انظر حول نظرية القانون عند باشوكانيس: د/ عبد السلام علي المزوغي - نظرية القانون، المرجع السابق، ص 24.

لإسنادها إلى تحكيم الدولة الذي يتوخى إنجاز الخطة من دون أن يكون مطالبا بأن يحكم وفقا لقوالب قانونية جامدة.[32]

غير أن هذا النظر لم يلق قبولا في الاتحاد السوفييتي، واخذ على (باشوكانيس) وأتباعه انهم نادوا بزوال القانون، في حين كان من المتعين العمل على بقائه، بل ودعمه في تلك المرحلة من المجمتع السوفييتي. وظل مصطلح «القانون الاقتصادي» محظورا طوال سنوات طويلة، وإن على هيئات التحكيم ان تطبق القانون المدني السوفييتي الذي يحكم تسوية المنازعات، سواء فيما بين الافراد أم فيما بين المنشآت الاشتراكية، مع مراعاة التزام هيئات التحكيم في المنازعات المتعلقة بالمنشآت الاقتصادية بأن تطبق كذلك القواعد القانونية المتفقة وحاجات القطاع الاشتراكي، والتي تعني اساسا بتنفيذ الخطة.

وجدير بالذكر، إنه - ومن دون الخوض في الاعتبارات النظرية حول تلاشي الدولة - فإن (باشوكانيس) ذاته قد غير بعد ذلك من نظريته الأولى، ورأى ان دكتاتورية البروليتاريا - بغض النظر عن طابعها المرحلي - هي تكوين اجتماعي مستقل. ورأى انه إلى جانب القانون الاقتصادي بوصفه فرعا للقانون يمس القطاع الاشتراكي للاقتصاد، هناك فروع أخرى للقانون يمكن أن تمتد حياتها لفترة طويلة نسبيا. ومن هنا، بزغ الاتجاه الذي يرفض النظرة إلى القانون الاقتصادي بوصفه الفرع الأوحد لقانون المستقبل.[33]

ويلاحظ أنه أثناء معارضة (فيشنسكي) لآراء (باشوكانيس) اقتصر في نقده على الصيغة الأولى لتلك الآراء، وبنى عليها اتهاماته بما في ذلك تهمة الخيانة! وأغفل تماما النظرية الثانية لـ(باشوكانيس) بما تنطوي عليه من التسليم بأن القانون الاقتصادي ليس سوى أحد فروع النظام القانوني السوفييتي الوليد.

التاصيل الجديد لتفرد القانون الاقتصادي:[34]

منذ الخمسينات من هذا القرن، ظهرت من جديد دعوة ترى أن القانون

---

(32) راجع: لمزيد من التفصيل د/ فتحي والي - قانون القضاء المدني في الاتحاد السوفييتي، مكتبة القاهرة الحديثة، ص 16 وما بعدها.

د/جمال العطيفي - العدالة الاشتراكية، ملحق الاهرام الاقتصادي، ص 78، مارس 1966م.

(33) راجع: شابو، المرجع السابق، ص 55 وما بعدها.

(34) راجع: المقدمة الثانية التي سطرها باشوكانيس لمؤلفه الشهير

الاقتصادي هو أحد الفروع المنفصلة عن القانون الاشتراكي يصلح للصياغة في تقنين مستقل، وذلك بناء على تأصيل مغاير لنظرية (باشوكانيس).

طبقا لهذا التأصيل، يعد القانون الاقتصادي نظاما موحدا من الحقوق والالتزامات، وليس مجرد سلسلة من التدابير والإجراءات المنسلخة عن القانون المدني. ويتحصل الخلاف بينه وبين القانون المدني في أن هذا التقنين المدني ينظم العلاقات المتبادلة بين المواطنين وبينهم وبين المنظمات الاشتراكية والتعاونيات، في حين أن القانون الاقتصادي يسود العلاقات الاقتصادية المتبادلة فيما بين الوحدات الاقتصادية للدولة والمجتمع والمنشآت التعاونية.

يستند الفارق بين القانونين إلى اعتبارين عملي ومبدئي. ففي محاولة لتقديم تبرير مبدئي في الفصل بين القانون المدني والقانون الاقتصادي، يشار إلى اختلاف نمطي العلاقات، بالأخص تلك التي يشارك فيها المواطنون، عن تلك التي تقتصر على المنظمات الاشتراكية بما لا يقبل معه أن ينظمها فرع قانوني واحد.

ومن جانب أخر، يشار إلى إن الفصل بين القانونين أصبح ضروريا لاعتبارات الملاءمة. من ذلك التيسير على المواطنين في الإحاطة بالقواعد القانونية التي تحكم علاقاتهم. وفي الآن ذاته تيسيرا لإحاطة المنشآت الاشتراكية بمركزها القانوني.

فيشير الفقه إلى أن كل علاقات الإنتاج تخلق نظمها القانونية الخاصة بها، ودور القانون في مجتمع اتسعت فيه وظيفة الدولة الاقتصادية لا يمكن أن يكون مماثلا لدوره في مجتمع يقوم على حرية التجارة وعلى شعار «دعه يعمل، دعه يمر كما يشتهي»[35]. فالقانون المدني في مجتمع يقوم على خطط اقتصادية، يجب أن يصبح أداة هامة تستخدمها الدولة في تنظيم الإنتاج الاشتراكي، وفي تنظيم العلاقات الاجتماعية الجديدة التي تنشأ بين أجهزة الدولة الاقتصادية، بينما يفقد قانون ـ مثل القانون التجاري ـ قيمته ويتخلى عن دوره إلى القانون المدني العام أو إلى قانون اقتصادي يحكم النشاط الاقتصادي للمؤسسات العامة. فالقانون المدني إلى جانب تنظيمه علاقات الأفراد فيما بينهم أو فيما بينهم وبين الدولة كفرد، ينظم العلاقات التي تنشأ بين شركة وأخرى من شركات القطاع الاشتراكي.

---

(35) راجع: د/ جمال العطيفي العدالة الاشتراكية، المرجع السابق، ص 79.

فعلى سبيل المثال، حين تتعاقد إحدى شركات التعدين مع شركة الحديد والصلب على تحويل الحديد الخام إلى صلب، وحينما تتعاقد شركة التجارة الداخلية مع شركة لصناعة الملابس على صناعة الملابس التي تتجر فيها، فإن هذه لا تنقل إلى تلك ملكية بقدر ما هي تقوم بمجرد تسليم الحديد وتحويله إلى صلب أو الملابس بعد تصنيعها، وذلك نفاذا لواجب إدارة هذه الأموال لحساب المالك الحقيقي وهو المجتمع وطبقا لخططه وبرامجه الاقتصادية. ومع ذلك، فإن هذه العلاقات تبدو وكأنها علاقات بين مالكين مختلفين، حتى يمكن الحكم على مدى نجاح كل منهما. وفي الوقت نفسه، هناك إجراءات لا يمكن أن يُتصور أن شركة منهما يمكن أن تتخذها ضد الأخرى، مثل إجراءات الإفلاس أو التصفية الجبرية، لأن هذه الإجراءات يمكمن أن تؤثر على تنفيذ خطة التنمية الاقتصادية الشاملة. وللسبب نفسه، فإن بعض الجزاءات المعروفة التي توقع عند الإخلال بتنفيذ العقود مثل فسخ العقد، قد لا تكون مستساغة إذا كان العقد متصلا بخطة التنمية، فالفسخ في هذه الحالة ـ مع انه قد يبدو علاجا قانونيا مألوفا ـ يصبح علاجا ضارا اجتماعيا.

يتبدّى هذا الاعتبار بوجه خاص في نظام تحكيم الدولة[36]. فالتحكيم العام يتم لتسوية المنازعات بين المنشآت الاشتراكية بعيدا عن المفهوم التقليدي للقانون والمحاكم، وهيئات التحكيم تكفل دورا اقتصاديا جوهريا بالسهر على تنفيذ الخطة. وفي هذا المعنى، تنص المادة الثانية من لائحة التحكيم السوفييتية الصادرة في 1960/8/17م على أن الوظيفة الأساسية لتحكيم الدولة هي دعم وتصعيد التعاون بين المنشآت العامة من اجل كفالة تنفيذ خطة الاقتصاد القومي. ولأداء هذه المهمة، يرمي التحكيم العام أساسا لأن يكون فعالا اكثر منه قانونيا محضا. وإذا كان عليه أن يطبق التقنين المدني، فإنه لا يجوز أن يطبق القاعدة القانونية حرفيا على حساب الاقتصاد السوفييتي، ذلك أن الشرعية السوفييتية تخضع لهدف اقتصادي أعلى يتمثل في كفالة تنفيذ الخطة. وإذعانا لمقتضيات هذا الهدف قد تنتهي هيئة التحكيم إلى استبعاد تطبيق القانون الدقيق، ولأن تعطي للمنازعة حلولا تقتضيها الخطة أكثر من كونها تطبيقا بسيطا ومجردا للمبادىء القانونية. فلئن قيل إن هيئات التحكيم تطبق «القانون» فيكون من المتعين التسليم بأن الأمر يتعلق بـ «قانون آخر» مغاير لذاك الذي يسري على الأفراد، فهو قانون شعاره التزام اعتبارات الملاءمة الاقتصادية لكفالة تنفيذ الخطة.

---

(36) راجع: د/ مجدي خليل (مجدي صبحي) التوجيه الاقتصادي، المرجع السابق ص، 394.

يضاف دعما لهذا النظر، أن القانون المدني يسنّ لتسوية علاقات بين أفراد لهم مصالح متعارضة، ولم يسن لتسوية علاقات بين منظمات قد يكون لكل منها نوع من الاستقلال لكنها في الواقع تخضع لسيد واحد، ويكون استقلالها مبررا فقط بمصلحة السيد. ففي مثل هذا الوضع إذا نشأت منازعة بين منشأتين، فإن الفيصل يكون لا عتبارات الملاءمة دون الاعتبارات القانونية.[37]

تطبيق نظرية «القانون الاقتصادي» في ألمانيا الديمقراطية وتشيكوسلوفاكيا:

صادف مفهوم القانون الاقتصادي تطبيقا في كل من ألمانيا الديمقراطية وتشيكوسلوفاكيا. فبالنسبة لألمانيا الديمقراطية[38] تقرر منذ المؤتمر السابع للحزب الشيوعي في عام 1967م الأخذ بقانون النظام الاقتصادي. وأعد مشروع قانون مدني جديد ليحكم العلاقات إما بين المواطنين أو بين الأفراد ومؤسسات الدولة (بيع ـ شراء ـ إيجار ـ خدمات.. الخ) أي المجالات الاستهلاكية بوجه عام التي يكون المواطنون طرفا فيها. واعد قانون للعقود فيما بين المنشآت الاشتراكية وهو جزء من القانون الاقتصادي، وقانون تنظيم واجبات وحقوق المشاريع والكومبينات لسنة 1973م، ونظام تنسيق التعاونيات الإنتاجية لسنة 1971م.. الخ.

ويعرف القانون الاقتصادي في ألمانيا الديمقراطية، بأنه مجموع القواعد القانونية والأشكال التشريعية وتطبيقاتها التي بوصفها جزءا لا يتجزأ من قانون الدولة الاشتراكية الموحد تنظم ـ طبقا لمبدأ المركزية الديمقراطية ـ العلاقات بين أجهزة السلطة العامة وبين الوحدات الاقتصادية الاشتراكية، وكذلك بين الوحدات الاقتصادية الاشتراكية نفسها.

وجرت العادة في الجامعات الاشتراكية على تقسيم هذا الفرع الجديد من القانون ـ أي القانون الاقتصادي ـ إلى أربعة أقسام رئيسية هي:

1) **قانون التخطيط**: وينظم العلاقة بين أجهزة الدولة والوحدات الاقتصادية، وينظم كذلك العلاقات بين الوحدات الاقتصادية نفسها في مجرى تنفيذ الخطة.

---

(37) راجع: David (R): Légalitée socialiste ou dépérissement du droit Cahiers du monde russe et soviétique, Janviers-mars 1961, P77.

(38) راجع: د/ صفاء الحافظ ـ نظرية القانون الاشتراكي وبعض تطبيقاتها التشريعية، منشورات وزارة الإعلام للجمهورية العراقية، 1976م، ص 358.

ويعالج قانون التخطيط القضايا التالية:

أ - التنظيم القانوني للبرمجة بعيدة المدى في الفروع والقطاعات الهامة، مع الأخذ بنظر الاعتبار التناسب والفعالية في الاقتصاد الوطني.

ب - التنظيم القانوني للبرمجة والعلم والتقنية، واقتصاد الأموال الاساسية، والوفير في المواد، والقدرة الاجتماعية للعمال.

جـ - التنظيم القانوني لحسابات مجموع تطور الاقتصاد العام، ويدخل ضمن ذلك موازنة المواد والتجهيزات وسلع الاستهلاك.

د - التنظيم القانوني للبرمجة المالية.

هـ - التنظيم للعناصر الإقليمية بالارتباط مع قطاعات التخطيط الأخرى.

و - التنظيم القانوني لعلاقات التنسيق بعيد المدى بين البرمجة الوطنية وبرامج الدول الاشتراكية الأخرى، والتنسيق فيما بينها في مجالات البحث والتطوير والإنتاج.

ز - التنظيم القانوني لمعلومات وحساب ومراقبة الخطة.

ويشار تعليقا على هذه المهام ان الأمر لا يتعلق في مجال قانون التخطيط بتنظيم بسيط لسير الخطة، بل بالعكس فهو يتعلق بتطور الاقتصاد العام، مع الأخذ بنظر الاعتبار العلاقة التي لا تنفصم بين المحتوى وتنظيم الأساليب، سواء على مستوى افقي أم على مستوى رأسي. وهكذا يؤثر قانون التخطيط على أسلوب وطبيعة التعاون بين عناصر الاقتصاد الوطني، ويمارس تأثيرا ملموسا على محتوى قرارات الخطة.

2) **قانون التنظيم**: يقصد به ذلك الجزء القانون من الاقتصادي يُعنى بتحديد الأهلية والبناء القانوني للعناصر الاقتصادية، ومن ضمنه إجراءات نشوئها وتطورها وتصفيتها. وفي هذا الإطار، تدعى «عناصر اقتصادية» جميع أشكال التنظيم التي يتم في داخلها تطور الإنتاج المباشر.

3) **قانون التعاون**: يتعلق هذا القانون بالوظيفة البنائية للقانون الاقتصادي، وبتنظيم وتنفيذ علاقات التعاون بين المشاريع. فتكون هذه العلاقات، علاقات منهجية وفقا للخطة في مجال تعاون وحدات الإنتاج في إنجاز عملية الإنتاج ضمن نطاق توزيع العمل.

تطبيق الالتزامات الاقتصادية (المسؤولية):

سوف نتناول في المجلد الثاني من هذا المؤلف هذه المسألة بما هي جديرة به من دراسة، ونكتفي فقط الآن بالإشارة إلى المسؤولية المادية للوحدات الاقتصادية الاشتراكية، وهي ترتبط مباشرة بانجاز مهمة مسلك الحسابات الاقتصادية. فكل مشروع ملزم بتقديم جرد عن نتائج نشاطه، لأنه مدعو إلى اتخاذ موقف يتفق تماما ومستلزمات الاقتصاد الوطني. إن وظيفة المسؤولية المادية تكمن في اكتشاف اسباب استمرار حالة التخلف وإزالتها، واستخدام كل القوى من أجل الاستجابة في المستقبل للمتطلبات الاجتماعية، بما قد تقتضيه ذلك من فرض عقوبات، مثل فرض غرامة تأخير او اية عقوبات أخرى نص عليها العقد.

اما بالنسبة لتشيكوسلوفاكيا[39] فتعدّ اولى الدول الاشتراكية الاوروبية التي اصدرت منذ عام 1961م قانونا اقتصاديا متكاملا، حيث أصدرت قانونا اقتصاديا ينظم نشاط مؤسسات القطاع العام، وقانونا مدنيا يُعنى بمنازعات المواطنين فحسب، وقانونا ثالثا خاصا بالتجارة الخارجية.

وطبقا لنص المادة 113 من القانون الاقتصادي، تشكل الالتزامات الاقتصادية بين المؤسسات الاشتراكية روابط متبادلة تحقق تلك المؤسسات من خلالها تعاونا اقتصاديا مخططا ومنظما. ويكون هدف هذه الالتزامات إنجاز المهام الناشئة من خطة التنمية الاقتصادية للدولة، وبالأخص حاجات النمو المخطط للاقتصاد القومي.

ينشأ مما تقدم أن وظيفة الالتزامات الاقتصادية هي مغايرة لوظيفة الالتزامات المعقودة، سواء فيما بين المنظمات والمواطنين أم فيما بين المواطنين انفسهم. والاهمية الاقتصادية والاجتماعية للالتزامات الاقتصادية تتحصل في واقعة أن المنظمات الاقتصادية تستخدمها لتجسيد وتحديد مهام خطة الدولة لتنمية الاقتصاد الوطني. على هذا النحو، تنشيء المؤسسات الاقتصادية الشروط التي تسمح بتحديد مسؤولية الإنجاز السليم لمهامها المخططة. والعقود الاقتصادية - بوصفها اداة قانونية - تسمح، فيما يرى البعض، أن يكون مبدأ القيادة المركزيةلاقتصاد الدولة مرتبطا عضويا بالمبدأ الديمقراطي. وآية ذلك، إن هيئة

---

(39) راجع: لوبي - القانون المدني التشيكوسلوفاكي، المرجع السابق، ص 161.

إدارة المنشأة بالاشتراك مع جماعة العاملين، تتفق مع الطرف الآخر المتعاقد حول مضمون التزاماتها المتبادلة بحيث تتحقق المهام المخططة بأقصى فعالية ممكنة.

والقانون الاقتصادي التشيكوسلوفاكي لا ينظم فقط علاقات الالتزامات، وإنما يتناول كذلك الالتزامات الأخرى الناشئة خلال تسيير الاقتصاد الوطني، وذلك من خلال الأنشطة الاقتصادية للمنظمات الاشتراكية.

ويحدد القانون الاقتصادي العلاقات المشار إليها بوصفها «علاقات قانون اقتصادي» وتشمل عدة مسائل من ابرزها:

- توجيه الاقتصاد الوطني والملكية الاشتراكية وفقا للخطة.
- تنظيم الأنشطة الاقتصادية، ومركز المنظمات الاشتراكية، وما تمارسه من تسيير اقتصادي.
- العلاقات بين المنظمات الاشتراكية، بالأخص ما يتعلق بالوفاء والائتمان.

يستفاد مما تقدم، أن القانون الاقتصادي ينظم بوجه خاص العلاقات المتبادلة بين المنظمات الاشتراكية ذات المستوى الأفقي، وأحيانا العلاقات ذات المستوى الراسي ما بين مؤسسات القيادة والمنظمات التابعة لها.

هذا، وتشكل العقود الاقتصادية أهم التصرفات القانونية التي تبرمها المؤسسات الاشتراكية. وطبقا للمادة السابعة من القانون الاقتصادي، تتحصل وظيفة العقود الاقتصادية في تنظيم وتجسيد وكفالة التعاون المتبادل بين المنظمات الاقتصادية عند إنجاز المهام المخططة. وينص القانون على اعتبار المشاورات الدائرة حول هذه العقود جزءا هاما من أعمال التخطيط وامتدادا لهذه الأعمال.

على هذا النحو، كان تطبيق المانيا الديمقراطية وتشيكوسلوفاكيا، لمفهوم القانون الاقتصادي في ظل الحكم الماركسي اللينيني. ومع ذلك، فإن غالبية الدول الاشتراكية وعلى راسها الاتحاد السوفييتي، رفضت تبني هذا المفهوم وتمسكت بمبدأ وحدة التقنين المدني.

غالبية الدول الماركسية ترفض مفهوم القانون الاقتصادي:

منذ مارس 1957م تشكلت في الاتحاد السوفييتي لجنة قانونية لدى مجلس الوزراء أنيط بها إعداد مشروع «أسس القانون المدني» للاتحاد السوفييتي. وطرحت من جديد مسألة إنشاء قانون اقتصادي مستقل عن القانون المدني، وبلغ الخلاف ذروته إلى درجة الاحتكام إلى رئيس الوزراء (كوسيجين) الذي رجح كفة

وحدة القانون المدني[40] وصدرت أسس التشريع المدني 1961م، ثم صدر القانون المدني لجمهورية روسيا السوفييتية في عام 1964م متضمنا وحدة القانون المدني، فتنص مادته الأولى في فقرتها الأولى على أن «ينظم القانون المدني لجمهورية روسيا الاتحادية الاشتراكية السوفييتية العلاقات المالية وما يرتبط بها من علاقات شخصية غير مالية، بغية تكوين القاعدة المادية والتقنية للشيوعية، والتلبية الكاملة للحاجات المادية والروحية للمواطنين. كما ينظم القانون المدني الأحوال التي يعالجها القانون، وغير ذلك من العلاقات الشخصية غير المالية».

وترسم المادة الثانية من القانون نفسه إطار تطبيقه فتنص على أنه:

«ينظم القانون الحالي العلاقات المشار إليها في المادة الأولى بين هيئات الدولة والهيئات التعاونية والهيئات الاجتماعية بعضها ببعض وبين المواطنين، وكذلك بين هيئات الدولة والهيئات التعاونية والهيئات الاجتماعية وبين المواطنين بعضهم ببعض».

وقد ورد نص مماثل في التشريعات المدنية للدول والاشتراكية عدا المانيا الديمقراطية وتشيكوسلوفاكيا من ذلك مثلا، أن المادة الأولى من التقنين المدني البولوني الصادر في 23/4/1964م تنص على أن «هذا التقنين يحكم علاقات القانون المدني فيما بين وحدات الاقتصاد الاشتراكي، وفيما بين وحدات الاقتصاد الاشتراكي من جانب والأشخاص الطبيعيين ممن الجانب الآخر».[41]

على هذا النحو، رجحت كفة القائلين بوحدة القانون المدني، وبأن العلاقات بين الوحدات الاقتصادية الاشتراكية هي علاقات قانونية تنتمي إلى القانون المدني، بالأقل إذا تعلق الأمر بعلاقات بين وحدات متساوية في الحقوق.

وقيل بثلاث حجج أساسية لترجيح هذا الحل:

أ ـ فمن جانب، قيل إن هذا الحل يتفق والمبادىء الاقتصادية التي تنص على الاستقلال النسبي لأطراف المبادلات الاقتصادية (الفصل القانوني بين هذه الأطراف، ومبدأ المحاسبة الاقتصادية كأساس لنشاط المنشآت) ويجرى تصوير علاقات التبادل بوصفها علاقات تعاقدية مبرمة بين أطراف لا يجمع بينها علاقة تبعية قانونية.

---

(40) راجع: Chambre (Henri): L'évolution du Marxisme sovietique, seuil, 1974, PP263 ets.

(41) راجع: Nouvakouvski: Code civil, in, Etudes sur le droit polonais actuel, Ed. Mouton, Paris 1968, PP 106 ets.

ب ـ ومن جانب آخر قيل، إن الطابع المعقد للقانون الاقتصادي يفترض أن يدرج فيه مسائل متصلة بالتخطيط والمحاسبة والبنى الاقتصادية، الأمر الذي من شأنه أن يفتقر معه هذا القانون إلى الوضوح والاتساق.

وأخيرا قيل، إن المفاهيم المناهضة لوحدة القانون المدني لم تكن ناضجة على نحو كاف يسمح بتقنينها.

ويبرز أنصار مبدأ وحدة القانون المدني استمرار الأهمية العملية للقانون المدني، بدليل تزايد الدعاوى المدنية الخاصة بالمنشآت والتعاونيات والمواطنين زيادة تفوق كثيرا زيادة الدعاوى الجنائية[42] بما يدل على أنه لا تزال هناك أهمية كبيرة لتنظيم ونمو الحياة الاجتماعية من خلال التقنين المدني.

ويُجرى تفسير هذه الظاهرة ـ نتيجة الجهود المستمرة المبذولة لزيادة النشاط والمبادرة التلقائية للأفراد والمنشآت والتعاونيات ـ باعتبار أن ذلك شرطا بالغ الأهمية لرخاء المجتمع الذي أصبح أكثر تجانسا وأفضل تنظيما.

فيشار مثلا إلى أنه ـ على الرغم من واقعة غلبة ملكية الدولة لوسائل الإنتاج في الدول الاشتراكية ـ وهو شكل من الملكية مغاير من حيث بنيته وجذوره لأحكام الملكية الواردة في القوانين البرجوازية ـ فإن الدولة تلجأ إلى أسلوب مركب لمواءمة حقوقها المقررة لها كسلطة عامة مع حق الملكية، فتتخذ القرارات المتعلقة بملكية الدولة على أعلى مستوى بموجب قرارات إدارية. ثم تنشيء لتسيير هذه الملكية، منشآت عامة لها شخصية معنوية تتولى إدارة هذه الأموال كما لو كانت مالكة لها بالمفهوم التقليدي للكلمة. فهي تحوزها وتستعملها وتبرم مع المنشآت الأخرى عقودا من أجل تعاونها المشترك، مع ما قد يترتب على هذه العلاقات من مسؤولية مدنية. على هذا النحو، يولد في نطاق ملكية الدولة عدد ملحوظ من روابط القانون المدني بل إن البعض[43] يضيف إلى ما تقدم ومن قبل أن تتهاوى الأنظمة الماركسية قوله، إن إصلاح الآلية الاقتصادية في البلاد الاشتراكية سوف يكون من الناحية الموضوعية عاملا مناهضا للقانون الاقتصادي بالنظر لما يقوم عليه من تقليص للسمات المتفردة لقانون الوحدات الاقتصادية الاشتراكية، وذلك بتقريبها

---

(42) راجع: Eorsi (Gyula): Le droit civil, in, Introduction au droit de la République populaire Hongroiae, Pedone, 1974, P 144.

(43) راجع: Szabo: Introduction aux droits socialistes, op. cit, P 56.

بصورة متزايدة من الأحكام القانونية التي تسود العلاقات المالية للمواطنين. وليس من شك في سلامة هذا النظر في ضوء المتغيرات الجذرية التي تعيشها الدول الاشتراكية السابقة ـ في طليعتها ألمانيا الديمقراطية وتشيكوسلوفاكيا ـ حيث يبدو قانونهما الاقتصادي غير متوائم البتة وتوجه هذين القطرين في المستقبل القريب.

خاتمة: يبرز الفقه[44] أن فكرة «التوازن الاقتصادي» يعيبها خطأ منهجي مزدوج: الأول أن الفرع المقترح يجمع بين نوعين متباينين من القواعد يختلفان في تطبيقهما وأساليبهما الفنية وهما: القواعد التي تنظم علاقات مالية بين اشخاص متساوية، والقواعد التي تنظم علاقات تقوم على الخضوع والتبعية الإدارية. أما الخطأ المنهجي الثاني، فهو أنه يؤدي إلى الفصل بين قواعد متشابهة. فقواعد هذا الفرع الجديد التي تنظم العلاقات المالية بين مشروعات الدولة لن تكون في الأغلب الأعم إلا مجرد تكرار لقواعد القانون المدني التي تنظم العلاقات المالية بين الأفراد أو بين الأفراد ومشروعات الدولة. هذا فضلا عن هذا المذهب نغفل حقيقة أساسية، وهي أن سيطرة الدولة على النشاط الاقتصادي لا تقتصر على علاقات مشروعات الدولة فيما بينها، بل تمتد إلى علاقات الأفراد فيما بينهم وعلاقاتهم بمشروعات الدولة. ولذلك، فإن تنظيم العلاقات المالية التي يكون الأفراد طرفا فيها لن يختلف اختلافا جوهريا عن تنظيم علاقات مشروعات القطاع العام فيما بينها، فأساس التنظيم واحد هو النظام الاشتراكي بما يقتضيه من تخطيط شامل للنشاط الاقتصادي وسيطرة الدولة عليه.

والبادي، إن مشروع القانون المدني الجماهيري قد تبنى مبدأ وحدة القانون المدني، فتنص مادته الرابعة على أن:

«1 ـ ينظم القانون المدني العلاقات المالية وما يرتبط بها من علاقات شخصية في إطار الاقتصاد المخطط.

2 ـ يعتبر قانون خطة التنمية وما يطرأ عليه من تطوير، مصدرا أعلى للحقوق والواجبات.

3 ـ تخضع للقانون المدني الجماهيري العلاقات بين الجماعات البشرية بعضها ببعض، أو بين الجماعات البشرية والناس، أو بين الناس بعضهم ببعض».

---

(44) راجع: د/ إسماعيل غانم ـ في النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام) مكتبة عبد الله وهبة، 1966م، ص 4 هـ 1 والمراجع التي يشير إليها.

والواقع، إن المبادىء التقليدية في القانون المدني التي تقوم على اساس المذهب الفردي لم تعد صالحة للتطبيق في الدول الليبرالية ذاتها، وذلك سواء لتنظيم علاقات الأفراد أم لتنظيم علاقات مشروعات الدولة. فلا يجوز إذن أن يقال، إن إنشاء فرع جديد باسم «القانون الاقتصادي» من شأنه أن يبقي للقانون المدني مبادئه التقليدية.

ولعل التطور الذي شهده «مبدأ سلطان الإرادة» الذي يعد الركيزة الأساسية لنظرية العقد التقليدية، أكبر دليل على حتمية عملية المراجعة التشريعية في إطار التقنينات المدينة ذاتها دونما حاجة للمناداة باستحداث فرع قانوني قد يخل بالانسجام والتوازن المطلوبين في تنظيم الالتزامات المدنية.

وسوف نصاحب النظرية العامة للالتزام خلال رحلتها عبر الزمان والمكان، حيث نقسم دراستنا إلى ثلاثة أجزاء: نعرض في الجزء الأول للمصادر الإرادية للالتزام من خلال دراسة «التصرف القانوني» بصوره المتعددة، ويقسم هذا الجزء إلى مجلدين يتناول المجلد الأول النظرية العامة للعقد والإرادة المنفردة، ويتناول المجلد الثاني عقوداً غير مألوفة في نطاق العقود المدنية تعكس الإذعان لمقتضيات التوجيه الاقتصادي والصالح العام، وهي ما اصطلح على تسميتها بالعقود الاقتصادية والعقود الإدارية. وفي الجزء الثاني، نتناول المصادر غير الإرادية للالتزام طبقا لتعدادها في القانون المدني، كما بلورتها الأحكام القضائية. أما الجزء الثالث فيخصص لبيان أحكام الالتزام.

*

الباب الأول

المصادر الإرادية للالتزام
(التصرف القانوني)

تمهيد ـ التعريف بمصادر الالتزام:

يعد قانون الالتزامات أكثر فروع القانون تجريدا، وقد وصفه (بلانيول) بأنه الساحة الرئيسية للمنطق القانوني[1]. وقانون الالتزامات، بوصفه قانون تنظيم الروابط والمراكز القانونية يخضع بدوره لمبدأين هما مبدأ السببية ومبدأ النسبة أو الإضافة. وطبقا للمبدأ الأول، فإن الواقعة ذاتها هي التي تخلق آثارها الذاتية. فالفرض هنا، إننا نواجه نشاطا واعيا هو إنشاء حر لتصرفات تهدف إلى أغراض معينة. أما في نطاق مبدأ النسبة أو الإضافة، فإن تنظيم المركز القانوني يبدأ من خارجه تفرضه سلطة مستقلة عن الواقعة المنظمة وتضيف إليها الأحكام التي تراها مناسبة، وتصبح بذلك الواقعة في حالة خضوع دائم لتلك السلطة الخارجية.

ومعيار التفرقة بين المجالين، هو ضرورة إرادة الشخص لتحديد القواعد التي تحكم الرابطة أو المركز القانوني. وقد يحدث أن يتناول القانون تصرفا محتملا للإنسان ـ عقد بيع مثلا ـ ويضع بمناسبته حكما معينا، إلا أن هذا وحده لا يكفي لكي تترتب آثاره. فهذا الأثر لا يمكن أن يترتب مستقلا عن مصدره، وهو توفر إرادة البيع أو الشراء بحسب الأحوال.

أما في نطاق مبدأ الإضافة، فإن القانون هو الذي يسود. وحتى إذا ما وجدت الإرادة، فإن التنظيم الذي يجريه إنما يتم بدون الرجوع إليها، أي إلى الإضافة.

---

(1) راجع: Dupichot(Jacques): Le droit des obligations, P.U.F, Paris 1978, P 3.

إن القانون يتدخل ويفرض أحكامه من دون أن يهتم بما تهدف إليه هذه الإرادة. من ذلك مثلا، القانون ينظم المسؤولية المترتبة على الفعل الضار ويرتب الآثار القانونية الناشئة عن هذا الفعل المادي بغض النظر عن موقف إرادة من ارتكبه من حدوث تلك الآثار.[2]

والواقعة القانونية ـ وفقا لتعبير الأستاذ/ السنهوري ـ تحلق في جميع نواحي القانون، فإليها ترد مصادر الحق الشخصي وأسباب كسب الحق العيني، بل هي تجاوز هذه الحدود فيرتب عليها القانون آثارا أخرى غير كسب الحقوق، بل هي لا ينحصر عملها في دائرة المعاملات المالية إذ أن أثرها كبير في دائرة الأحوال الشخصية، ولا يقف عند حدود القانون الخاص، إذ يُرى لها أثر بالغ الأهمية في القانون العام، فأية ناحية من نواحي القانون تكون متصلة بها.[3]

على أنه ـ ودرءا لكل لبس ـ يتعين الإشارة إلى أن مصطلح «الواقعة القانونية» يعني معنيين: معنى ضيق يقصده بعض الفقه[4] يقتصر على الواقعة الطبيعية والعمل المادي دون غيرها، ويقابل بينها على هذا التحديد وبين التصرف القانوني، فيكون مصدر الالتزام إما الواقعة القانونية وإما العمل أو التصرف القانوني، بحيث يعتبر التصرف القانوني مصدرا مستقلا يقوم إلى جانب الواقعة القانونية ولا يعتبر نوعا منه.

وفي هذا المعنى، يقال[5] في التصرف القانوني يأمر الشخص فيتبنى القانون هذا الأمر، أي يضع له جزاء. إن الأثر يترتب مباشرة من الشخص نفسه، بينما تدخل القانون مقصور على وضع الجزاء. أما في نطاق الواقعة القانونية، فإن

---

(2) انظر: د/ وليم سليمان قلادة، المرجع السابق، ص 2 وما بعدها.

Prévost: le rôle de la volonté dans la formation de l'obligation civile, Thèse Droit, P 7.

(3) راجع: د/ عبد الرزاق السنهوري ـ التصرف القانوني والواقعة القانونية، دروس القانون المدني مع التعمق، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، 1953 ـ 1954م، ص 4.

(4) راجع: د/ محمود جمال الدين زكي ـ الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، 1978م، ص 32، والمراجع التي يشير إليها هامش 12.

Flour (Jacque) Aubert (Jean Luc): Droit Civil, Les obligations, vol. 11, p 40.

(5) راجع: د/ وليم سليمان قلادة، المرجع السابق، ص 2.

Gounot, Autonomie, de la volonté, thèse, Dijon 1912, P. 246.

الفرد يعمل، أما القانون فيأمر. هنا سلطة تلزم، ولكن لاتوجد إرادة تلتـزم. وفي هذا النطاق، لا يغير تدخل الشخص في الموقف شيئا. إن استيفاء معين لشروط قـاعدة من قـواعد قـانون الـواقعة بحيث يكـون المركـز مهيئـا لكي يخضـع لحكم القـانـون في هذا الموقف، لا يجعل منه تصرفا قانونيا، فهناك فرق بين الآثار المفـروضة والآثـار التي تهدف إليها الإرادة وتنشئها.

والبادي، إن الاستاذ/ السنهوري اتجه في مؤلفـه حول التصـرف القانـوني والواقعة القـانونيـة إلى التمييز بينهمـا والأخذ بـالمعنى الضيق للواقعـة القانـونية المشـار إليه[6]. إلا أنـه في مؤلفه الـوسيط في شرح القـانون المـدني يتبنى معنى موسعا للواقعة القانونية، فيذكـر أن الواقعـة القانـونية تشمـل الوقـائع الطبيعيـة، والوقائـع الاختياريـة تشمل الأعمـال الماديـة والأعمال أو التصـرفات القـانونيـة. والأعمال القانونية تشمل الأعمال الصادرة عن جانب واحـد والأعمال الصـادرة عن جانبين[7]، وهذا المعنى الواسع «لمصطلح» الواقعة القانـونية» هـو المعنى السائـد في الفقه العربي[8] حيث يُجرى تعريف الواقعة القانونيـة بأنهـا «أمر يحـدث فيرتب القانون عليه أثرا».

على هذا النحو، يكون المقصود بالوقائع القانونيـة الأسباب التي تكشف عن وجود الحق أو تنشئه ابتداء[9]. وهي قد تكون في صورتين: الأولى تتمثل في وقائـع

---

(6) راجـع: د/ عبد الـرزاق السنهوري ـ التصـرف القانـوني والواقعـة القانـونيـة، المـرجـع السـابق، ص 3 و 4.

(7) راجع: د/ عبد الرزاق السنهوري ـ الوسيط في شرح القانون المدني (1) نظرية الالتزام بوجه عـام، مصادر الالتزام، المجلد الأول ـ العقد، الطبعة الثالثة، 1981م، ص 165 و 166.

(8) راجع: د/ سليمان مرقس ـ الوافي في شرح القانون المدني (1) المدخل للعلـوم القانـونية، وشـرح الباب التمهيدي للتقنين المدني، الطبقة السادسة، 1987م، ص 869.
د/ عبد المنعم فرج الصدة ـ مصادر الالتزام، 1984م، ص 39.
محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص 31.

(9) لمزيد من التفصيل، راجع: د/ عبـد السلام علي المـزوغي ـ النظريـة العامـة لعلم القانـون، الكتاب الأول، المدخل لعلم القانون (د) الجزء الثاني ـ نظرية الحق، 1988م، ص 126 وما بعدها.

تحدث اثرا قانونيا بدون اتجاه الإرادة إلى هذا الأثر[10]، أما الصورة الثانية فتتمثل في وقائع تحدث آثارا قانونية بمشيئة الإرادة، ويطلق عليها التصرفات القانونية.
والوقائع القانونية في صورتها الأولى، هي إما وقائع تحدث بفعل الطبيعة (الولادة ـ الموت ـ الزلزال) أو وقائع بفعل البشر، سواء أراد الإنسان الفعل أم لم يرده، مثل حوادث المرور الناشئة عن التصادم.

يشير البعض[11] إلى أن التقسيم الوضعي الثنائي لمصادر الحق يقارب التقسيم الذي يقول به الفقه الإسلامي لمصادر الحقوق. حيث يرجع هذه المصادر إلى ما يطلق عليه «التصرفات القولية» و «التصرفات الفعلية». وتكون التصرفات القولية مطابقة لما يطلق عليه الفقه الوضعي «التصرفات القانونية» حيث يقصد بها الحالات التي ينشأ فيها الحق نتيجة إرادة ذوي الشأن باعتبار أن القول أو اللفظ هو الوسيلة الأساسية للتعبير عن تلك الإرادة، أما التصرفات الفعلية فيقصد به الفقه الإسلامي التصرفات التي تقوم على فعل الإنسان، فهي اعتداد بعنصر الإرادة وتكون اقرب إلى معنى الوقائع القانونية بالمعنى الضيق الذي تقدم بيانه.

في إطار التحديد المتقدم لمعنى الواقعة القانونية، نتبين الآن مصادر الالتزام في القانون الليبي.

مصادر الالتزام في القانون الليبي:

يقتضينا تحديد مصادر الالتزام، أن نوضح أولا المقصود بالالتزام، ثم نعرج ثانيا لبيان تلك المصادر.

المقصود بالالتزام: ـ تعدد معاني الالتزام:

الالتزام إذ يشير إلى العلاقة بين الدائن والمدين، فإنه يقصد به عدة معان. فتارة يقصد به السند المكتوب أو الصك المثبت لوجود العلاقة القانونية، وبهذا

(10) مع ذلك، يلاحظ البعض أن الصورة الأولى لا تكون خالية من الإرادة تماما، ذلك أن هناك فروضا تتجه فيها الإرادة، بالأقل، إلى إتيان الفعل، وإن لم تتجه بالضرورة إلى أثاره القانونية، مثل الفعل الضار والفضالة.
راجع: فلور (و) أوبير، المرجع السابق، ص 40.

(11) راجع: د/ عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 31 هامش.
د/ منصور مصطفى منصور ـ دور الإرادة في تكوين التصرف القانوني، دروس للدكتوراه، جامعة الكويت 1972 ـ 1973م، ص 4.

المعنى يكون الالتزام مقابلا للأداة[12]. وتارة يقصد به معنى أكثر عمومية فيقال، إنه يوجد التزام في كل مرة يكون فيها الشخص ملزما باحترام نص قانوني أو لائحي. من ذلك مثلا، إن الأب ملزم بأن يخطر عن ميلاد ابنه الجهة الإدارية المختصة، وعلى قائد السيارة أن يلتزم الجانب الأيمن من الطريق أثناء قيادته للسيارة. في هذا الفرض لا توجد علاقة قانونية بين شخصين، ذلك أن الالتزام في هذا الفرض لا يتضمن دائنا له صفة في أن يطلب تنفيذه، وإنما الأدنى إلى الصواب القول بأن نكون إزاء «واجب». حقيقة إن كل التزام ينطوي على واجب بالنظر لأن المخاطب به ملزم بتنفيذه، إلا أن العكس غير صحيح. ذلك أن ليس كل واجب التزاما، فهو يكون كذلك بقدر ما يوجد لصالح مستفيد محدد ومفرد.

على انه يجدر مراعاة أن الواجبات العامة يفرضها القانون على كل فرد، تتحول في الغالب إلى التزامات حقيقية في مخالفتها. فقائد السيارة عليه واجب أن يلزم الجانب الأيمن من الطريق، فإذا خالف هذا الواجب وقاد على الجانب الأيسر ونجم حادث عن ذلك، ينشأ في ذمته «التزام» بأن يعوض المجني عليه المضرور، وفي هذه اللحظة تكون هناك علاقة قانونية بين شخصين محددين.

فالالتزام هو واجب يكفل القانون احترامه والقاعدة، إن الوسيلة إلى ذلك هي الدعوى يمنحها القانون لصاحب الحق ويقتضي بها حقه من مدينه، وهذا هو الالتزام المدني[13]. أما الواجبات غير القانونية فهي مجردة من وسائل الحماية القانونية، سواء في ذلك الدعوى أم الدفع.

من هنا، يبرز الفقه أهمية تحديد طبيعة الواجب الذي يربط بين شخصين تعهد أحدهما بالقيام بعمل معين لمصلحة الآخر. ويكون المعيار في ذلك هونية الطرفين، فإذا انصرفت إرادتهما إلى إحداث أثر قانوني، أي إخضاع العلاقة بينهما لقواعد القانون، كان الواجب الناتج عن هذا الاتفاق واجبا قانونيا وإلا فلا.

والالتزام بمعنى الواجب القانوني وبوصفه علاقة قانونية بين دائن ومدين، هو الذي نتخذه مادة لهذا المؤلف. فنتبين كيف يصبح الشخص دائنا أو مدينا، وهو ما تعالجه مصادر الالتزامات. ثم ما هي الحقوق المتبادلة بين الطرفين؟ أي ما هي آثار

---

(12) راجع: فلور (و) اوبير، المرجع السابق، ص 27.

(13) راجع: د/ إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص 13.

الالتزامات؟ وأخيرا نتبين العلاقة القائمة بين شخصين ومدى قابليتها للنقل أو الحوالة أو التعديل وصيرورتها وكيفية انقضائها.

تعريف الالتزام:

منذ عهد القانون الروماني، والاجتهادات الفقهية تتوالى لتعريف الالتزام [14].

ففي العصور الأولى لروما كان حق صاحب الالتزام منصبا على شخص الملزم، كما ينصب حق الملكية على الشيء المملوك، اي كان أقرب إلى الحق العيني. ومع تطور القانون الروماني في مرحلة لاحقة، وصدور «مجموعة جستنيان» تبلور مفهوم الالتزام حيث يقوم على أنه «حق مؤيد بدعوى لشخص في مواجهة شخص آخر لعمل أو امتناع».

وتأثر الفقه الفرنسي الحديث بتلك المفاهيم الرومانية، ففي التعريف الذي اورده الفقيهان (أوبري) و (رو) في مطولهما في القانون المدني، يعرفان الالتزام بأنه «ضرورة قانونية يوجب على شخص أن يعمل شيئا معينا أو يمتنع عنه لشخص آخر». ويوصف الالتزام بأنه «ضرورة قانونية» بالنظر لكونه تحديدا لحرية الملزم. ولما كانت الحرية هي الأصل، فلا يجوز تقييدها إلا لضرورة، ولا يعتبر التقييد إلا إذا أقره القانون.

تسلل هذا المعنى إلى القانون المدني المصري الأهلي حيث جرى تعريفه الالتزام بالنص على أن «التعهد هو ارتباط قانوني الغرض منه حصول منفعة بالتزام المتعهد بعمل شيء أو بامتناعه عنه» (م90/144).

وبمناسبة إعداد مشروع التقنين المدني المصري الجديد، تضمن المشروع التمهيدي في المادة 121 تعريفا للالتزام بأنه «حالة قانونية بمقتضاها يجب على الشخص أن ينقل حقا عينيا أو أو يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل». وتضمن هذا التعريف العدول عن التكييف الوارد في التشريع السابق للالتزام، من حيث كونه «علاقة قانونية أو رابطة من روابط القانون العام». وقيل في تبرير هذا العدول، إن تعريف الالتزام بأنه رابطة قانونية إنما هو اعتناق للمذهب الشخصي مع أن الطابع المادي للالتزام أخذ يتزايد نصيبه من البروز في التشريع الحديث، وهي بعد نزعة الشريعة الإسلامية في تصويرها لفكرة الالتزام. ويراعى من ناحية أخرى، ان ذكر

---

(14) راجع: د/ محمد صادق فهمي - محاضرات في نظرية الالتزامات، 1926م، ص 2.

الدائن قد أغفل في التعريف إغفالا تاما ولم يذكر المدين، وهذا وجه آخر من وجوه التصوير المادي للالتزام. فالالتزام مجردا من الدائن ومرتبطا بالمدين وحده، إنما يكون عنصرا سلبيا من عناصر الذمة المالية أكثر منه علاقة قانونية تربط ما بين شخصين، وينهض لتوجيه هذا النصر ما استقر عليه العمل. فمن الميسور عملا تصور التزام ليس له دائن وقت نشوئه، والاشتراط لمصلحة الغير حافل بالتطبيقات التي يمكن أن تساق في هذا الصدد. على أن الطابع الشخصي لم يهمل إهمالا تاما، فالالتزام - كما هو مذكور في التعريف - يستتبع بالضرورة وجود شخص ملزم هو المدين. ومؤدى ذلك، إن لكل التزام مدينا يعتبر شخصا عنصرا جوهريا من عناصره، وهذا هو نصيب الطابع الشخصي من فكرة الالتزام.[15]

وقد رئي حذف هذا النص في المشروع النهائي تجنبا للتعريفات بقدر الإمكان فيما لا ضرورة لتعريفه، وتحرزا من تأكيد الطابع المادي للالتزام في نص تشريعي تأكيدا قد يجعله يطغى على الطابع الشخصي حسبما ورد في الأعمال التحضيرية للتقنين.

وقد تبنى الأستاذ/ السنهوري هذا التعريف للالتزام، فهو لديه «حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق عيني أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل»[16]

وقريب من ذلك نظرة الفقه الإسلامي للالتزام حيث يذكر الفقه، إن موضوع الالتزام لا يخرج عن أن يكون:

1) تمليكا، بأن ينقل شخص إلى آخر ملكية عين، أو يملكه منفعتها.

2) تسليما، كالتزام البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري.

3) قد يكون موضوع الالتزام عملا آخر غير التسليم، كحفظ شيء أو صنعه أو خدمة الخادم[17]. هكذا، يكون المستفاد من التعاريف السابقة، أن الالتزام يقوم على ركنين أساسيين:

---

(15) راجع: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الثاني، ص 9.

(16) راجع: د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 145.

(17) راجع: د/ شفيق شحاتة - النظرية العامة للالتزامات العامة في الشريعة الإسلامية، الجزء الأول - طرفا الالتزام، الطبعة الأولى، ص 81 و 82.

1) طرفا الالتزام، وهما الدائن والمدين، أو بالأقل المدين.

2) محل الالتزام، وهو الأداء الذى يلتزم به المدين، سواء تمثل في إعطاء شيء ام إتيان عمل أو امتناع.

وهذان الركنان ضروريان ولا قيام للالتزام بدونهما. ومع ذلك، فقد اختلفت النظرة إليهما تبعا للاتجاه إلى ترجيح ركن على آخر: فالبعض قد رجح الجانب الشخصي في الالتزام وأبرز كونه رابطة بين طرفيه، في حين اتجه فريق آخر إلى تغليب القيمة المادية للالتزام على ناحيته الشخصية.

والمحت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري إلى هذا الخلاف الفقهي وانعكاسه على صعيد التقنينات الوضعية، فذكرت أنه يمكن تقسيم الشرائع إلى قوانين تتغلب فيها النزعة النفسية أو الشخصية وهذه هي الشرائع اللاتينية بوجه عام، وأخرى تتغلب فيها النزعة المادية أو الموضوعية وهذه هي الشرائع الجرمانية. ويختلف هذان النوعان من الشرائع أحدهما عن الآخر في نظرته إلى النظم القانونية، فالشرائع ذات النزعة النفسية تغلب في الالتزام عنصره الشخصي دون موضوعه المادي، وتنظر في العقد إلى الإرادة الباطنية النفسية دون الإرادة الظاهرة المادية، وتضع معايير نفسية تعتبر فيها النية المستترة، لا معايير مادية يعتبر فيها العرف وما ألفته الناس في التعامل. وتُجرى الشرائع ذات النزعة المادية على العكس من ذلك فتغلّب في الالتزام موضوعه المادي، وتنظر في العقد إلى الإرادة الظاهرة، فتضع معايير مادية تقف فيها عند العرف المألوف. والنزعة المادية في القانون دليل على تقدمه، إذ يكشف بهذه النزعة عن شدة حرصه على ثبات المعاملات واستقرارها. فإذا أردنا تحديد نزعة للشريعة الإسلامية، فهذه النزعة لا شك مادية. وإذا كانت العبرة في هذه الشريعة بالمعاني دون الألفاظ، إلا أن المعاني التي تقف عندها هي التي تستخلص من الألفاظ لا من النيات المستكنة في الضمير، فالعبرة فيها بالإرادة الظاهرة لا بالإرادة الباطنة.[18]

تحليل مضمون الالتزام ـ موقع الالتزام من التمييز بين الحق العيني والحق الشخصي:[19]

درج الفقه على القول بأن الالتزام يفترض رابطة بين شخصين، وقيام هذه

(18) راجع: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الاول، ص 20 و 21.

(19) راجع: د/ إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص 17.

الرابطة هو المميز الرئيسي للحق الشخصي عن الحق العيني، إذ أن اساس تقسيم الحقوق المالية إلى عينية وشخصية هو اختلافها من حيث المحل. فمحل الحق الشخصي عمل المدين، ومحل الحق العيني شيء معين بالذات أي كائن مستقل في وجوده عن الأشخاص. ولذلك، فالحق الشخصي يفترض رابطة بين شخصين؛

بين صاحب الحق الدائن، وبين المدين. اما الحق العيني فهو يفترض صلة مباشرة بين الحق والشيء محل حقه.

هذا التمييز بين الحق العيني والحق الشخصي، صادف نقدا في اتجاهين متضادين. فمن جانب، كانت المدرسة اللاتينية وقد تزعمها (بلانيول) سعت لتقريب الحق العيني من الحق الشخصي وقيل، إن الحقوق العينية تتضمن كذلك روابط بين الأشخاص، وكان لهذا النظر صداه على صعيد نظرية الالتزام حيث عرف بالمذهب الشخصي. ومن جانب آخر، كان هناك اتجاه المدرسة الألمانية ومن شايعها، وقد سعت لتقريب الحق الشخصي من الحق العيني، وقيل، إن الأمر الجوهري في الالتزام أو الحق الشخصي ليس الرابطة بين الدائن والمدين، وإنما القيمة المالية باعتبار ان الحق الشخصي ـ شأن الحق العيني ـ ليس إلا عنصرا ماليا من عناصر الذمة المالية، وتعرف هذه النظرية بالمذهب المادي في الالتزام.[20]

ونتبين الآن موقف هذين المذهبين، وبالأخص من زاوية انعكاسهما على نظرية الالتزام ومضمونه.

= راجع: لمزيد من التفصيل حول التمييز بين الحق العيني والحق الشخصي.
راجع: د/ عبد السلام علي المزوغي ـ نظرية الحق، المرجع السابق، ص 117 وما بعدها.
راجع: فلور (و) وبير، المرجع السابق، ص 8 وما بعدها.

(20) يشير البعض إلى ان الفقه الإسلامي لم يعرف التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي، وإنما وجدت فيه تفرقة اخرى بين الالتزام بالدين والالتزام بالعين، حيث جرى التمييز بين الدين والعين. على أن الدين ليس هو الحق الشخصي، بل صورة، كما ان العين تستغرق الحق العيني وبعض صور الشخصي الحق ومن ثم، فالدين اضيق من الحق الشخصي. والعين اوسع من الحق العيني. ويقيم الفقهاء التمييز بين الدين والعين على اساس الذمة. فالدين هو ما تعلق بالذمة كالنقود والاشياء المثلية. أما العين فلا تتعلق بالذمة بل يتعين الحق بها، شخصيا كان الحق او عينيا.
راجع: د/سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 2.
عبد المجيد الحكيم ـ في مصادر الالتزام، بغداد، ط 3، سنة 1969م، ص 7 و 8.

1 ـ النظرية الشخصانية Personnaliste[21]:

نقطة البدء عند (بلانيول) هي التسليم بامكانية وجود علاقة «حق» بين الشخص والشيء، فالقول باعطاء الإنسان حقا على شيء يعادل القول بأن هناك التزاما مفروضا على الشيء قبل الإنسان، وذلك نوع من العبث. وأساس هذا الوهم، إن الحق العيني يبرز الإمكانية المادية المتوفرة للفرد في أن يحوز الشيء وأن يستعمله بوصفه سيدا، في حين أن هذه الإمكانية ليست سوى حالة واقعية تسمى الحيازة وهي ليست الحق ذاته، فهي تتحصل في الرخصة المقررة لصاحبه والتي يجسدها حق التتبع وحق التقدم في أن يفرض على الكافة احترام مركزه، وأن يمنع اي شخص من التعرض له عند ممارسة السيادة المقررة له على الشيء.

ويجري (بلانيول) مقارنة بين سارق الشيء ومالكه. فيلاحظ أن السارق شأن المالك «على صلة مباشرة على الشيء» ولكن يبقى فارق أن احدا لا يلزم السارق، بينما يكون مركز المالك واجب الاحترام من قبل الكافة.

يستفاد مما تقدم كنه الحق العيني فهو ـ فيما رأى بلانيول شأن الالتزام ـ علاقة بين اشخاص، وشأن اي حق آخر يتضمن طرفا إيجابيا وطرفا سلبيا ومحلا. فالطرف الإيجابي هو صاحب الحق، أما الطرف السلبي فهو الغير الملزمين باحترام حيازة صاحب الشيء، أما المحل فهو الشيء ذاته.

على هذا النحو، يكون الحق العيني «التزاما سلبيا عاما» اي انه التزام قائم بين فرد بوصفه طرفا إيجابيا، وسائر الناس بوصفهم طرفا سلبيا، فهو لا يتميز عن حق الدائنية إلا من حيث تعقده الكبير وليس من حيث طبيعته.

تقدير النظرية:

توجه إلى هذه النظرية عدة انتقادات فيقال، إنه إذا كان صحيحا أن الشيء لا يمكن أن يكون محلا للحق، فإنه من الضروري في كل حالة، أن يحدد المقياس او المدى الدقيق لهذا الحق. ومفهوم الالتزام السلبي العام لا يسمح بذلك لأنه يميل إلى تعريف الحق العيني منظورا إليه مجردا وفي ذاته، في حين توجد حقوق عينية

---

(21) راجع: فلور (و) اوبير المرجع السابق، ص 10.
د/ عبد السلام علي المزوغي، المرجع السابق، ص 118.

متنوعة تتعدد تبعا لنوعية الصلاحيات المخولة في كل من نوع الحقوق العينية على الشيء.

لذلك، يذهب انصار هذا النظر إلى القول بأنه من المتعين أن يُضمّن التعريف الصلة المباشرة بين الشخص والشيء التي قال بها التقليديون، فمن شأنها تفريد كل حق عيني بالمقارنة لحق عيني آخر. فهذه الصلة ليست مجرد واقعة تتحصل في الحيازة، بدليل أن هذه الحيازة قد تؤدي ـ بعد انقضاء فترة من الزمان ـ إلى تملك الشيء، وهو ما يعد علامة الحق ذاته.

وقيل ثانيا، ليس صحيحا أن كل الناس أو الكافة ـ الطرف السلبي العام ـ الذين يتعين عليهم احترام الحق العيني يكونون ملزمين بالتزام حقيقي. ذلك أن القول بأن الشخص ملزم بالمعنى الفني للمصطلح، يعني أن يحدث مساس بحريته الطبيعية في أن يعمل أو لا يعمل، فيجد نفسه ملزما بأداء تصرف محدد، أو على العكس ملزما بامتناع محدد. والحال على خلاف ذلك بالنسبة للحق العيني، ذلك أن الأطراف السلبيين المزعومين يكونون في المركز العادي الذي يوجد فيه كل اعضاء المجتمع. فالالتزام المزعوم الذي أتواجد فيه بألّا امسّ ملكية الغير او انتفاع او ارتفاق، لا يشكل دينا بالنسبة لي. فالبادي، إن الأستاذ (بلانيول) قد خلط بين الالتزام ونفاذه[22]، فليس معنى أن حقا ما قابل للاحتجاج في مواجهة شخص، ان يكون هذا الشخص مدينا بالالتزام. وسوف يأتي انه انطلاقا من مفهوم النفاذ Opposabilité توصل انصار النظرية الموضوعية إلى نتيجة لـ «نظرية بلانيول».

صفوة القول ـ فيما رأى انصار هذا النظر ـ إنه من المتعين إبقاء التفرقة بين الحق الشخصي والحق العيني على أساس محل الحق لا على أساس الملتزمين به. وكل ما يمكن الاحتفاظ به من التحليل السابق، هو أن الحق (عينيا أو شخصيا) لا يكون إلا قِبل الأشخاص، فكل حق يقابله واجب. ولكن القول بأن الحق العيني يجعل لصاحبه صلة مباشرة بشيء، لا يعني أن على الشيء واجبا قبل صاحب الحق، وإنما يقصد به أن لصاحب الحق العيني أن يستأدي مضمون حقه دونما حاجة إلى وساطة شخص آخر.

ويقابل الحق العيني واجب عام يقع على عاتق الكافة يقتضي منهم عدم

---

(22) راجع: د/ إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص 20.

التعرض لصاحب الحق في مباشرته لحقه، ويقوم هذا الواجب العام مقابلا للحق الشخصي ايضا. غير أن الحق الشخصي يتميز بأن هناك ـ بجانب ذلك الواجب العام ـ واجبا خاصا يلتزم به شخص معين هو المدين، وهذا هو الالتزام بالمعنى الدقيق، وهو يفترض علاقة بين شخصين.

يضاف إلى ما تقدم القول[23] بأن مؤدى الراي القائل بأن الحق العيني يفترض صلة مباشرة بين صاحب الحق والشيء، لا يعني أن المجتمع لا يعنيه ما يفعله صاحب الحق العيني بالشيء محل حقه. فلا يجوز أن يقال ـ على أساس أن الملكية حق عيني يفترض صلة مباشرة بين المالك والشيء ـ إن ما يفعله المالك أولا بملكه هو أمر يخصه وحده ولا يعني أحدا غيره. فهذا إن صح في ظل المذهب الفردي المطلق، لم يعد صحيحا في الوقت الحاضر حتى في الدول التي لا زالت تأخذ بالنظام الراسمالي، ومن باب أولى في الدول الاشتراكية. فلم يعد من المتصور أن يبقى المجتمع غير مكترث بما لهذه الصلة بين المالك وملكه من أثر عميق على البيئة الاجتماعية. فالملكية من حيث تحليلها القانوني الفني، صلة مباشرة بين المالك والشيء، إلا أن لهذه الصلة آثارا عميقة بالنسبة لعلاقات المالك بغيره من مستأجرين وعمال وعملاء، أي بالنسبة للمجتمع بوجه عام. فالأمر لا يقتصر من الناحية الاجتماعية على مجرد فرض واجب على الغير بعدم التعرض للمالك في مباشرته لملكه، بل إن للملكية آثارا عميقة في علاقات المالك بغيره، سواء في علاقاته التعاقدية أم فيما تخوله الملكية من نفوذ اجتماعي واقتصادي. ولذلك، كان تدخل المجتمع في تنظيم الملكية أمرا حتميا، وأصبح من المسلمات في الوقت الحاضر أن للملكية وظيفة اجتماعية. على هذا الأساس يذهب البعض إلى القول بأن البنيان القانوني للملكية قد تحول: فبعد أن كانت الملكية صلة بين المالك وملكه، أصبحت الملكية تقوم على صلة ثلاثية بين المالك والمجتمع والشيء محل الملكية.

والواقع، إن فكرة الالتزام قد تورطت بتأثير العوامل الاقتصادية تطورا أدى إلى التشكيك في صحة تعريف الالتزام بأنه رابطة بين شخصين، وإلى ظهور المذهب المادي.

(23) راجع: Katzarov: Théorie de la nationalisatoin. 1960, P 173.
Renner (Karl): The Institution of Prevate law and their social functions [English translation].

2 ـ النظرية المادية:

يعد الفقيه الفرنسي (سالي) من مؤسسي هـذه النظريـة، حيث أبرز القيمـة الاقتصادية للالتزام بـوصفها قيمـة تنسلخ عن أطـراف العلاقـة القانـونية، أي أن الدائنية تحصل على استقلالها بالنسبة للاشخاص، ويكون لها طابعهـا الموضـوعي على غرار الحق العيني ذاته.[24]

ثم جاء الفقيه (جينوسار) وذكر أن تعريفا دقيقا لكـل من الحق العيني والحق الشخصي لا يظهر فارقا جوهـريا بينهمـا. فالتمييـز بينهما يقـوم على ملاحظـة أن صاحب الحق العيني له سلطة مباشرة وفورية على الشيء، في حين أن حائز الحق الشخصي له سلطة غير مباشرة ومن خلال وسيط، اي عليه أن يمر من خلال مدين.

ورأى أن هذا التقابل دقيق في حد ذاتـه، وقد سعى الفقـه التقليدي لإبـرازه من خـلال التركيـز على حق التتبع والتقـدم بوصفهمـا سمة نفـاذ الحق العيني في مواجهة الغير، في حين أن هذا النفاذ ليس خاصـا بالحق العيني نظـرا لأن علاقـة الالتزام هي أيضا نافذة في مواجهة الغير، حيث يمتنع على الكافة المساس بعلاقـة التزام تربط بين شخصين.

واستطراداً للنظر المتقدم، رأى انصار المذهب المادي أن الناحية الشخصية في الالتزام لسيت لها إلا منزلة ثانوية، وأن الأهمية الأولى تنعقد لمحل الالتزام أي للأداء الذي يلتزم به المدين والمنفعة التي يحصل عليها الدائن من هذا الأداء، تلك المنفعة التي تكون عنصرا من الذمة المالية، والتي يصح بالتالي أن ترد عليها كافة التصرفات المالية بقطع النظر عن صلتها بشخص مدين أو دائن معين.

وخلص انصار هذا النظر إلى القول، إن العبرة في الحقوق بقيمتها المالية لا بأطرافها، وإن الحق العيني قيمته في محله أي في الشيء الذي يرد عليه، وإلى أن الحق الشخصي لا يختلف في ذلـك عن الحق العيني، لأن العبرة فيـه بقيمة محلـه المالية بقطع النظر عن أطرافه.[25]

---

(24) راجع: فلور (و) اوبير، المرجع السابق، ص 11 والمراجع المشار إليها.

(25) راجع: د/ سليمان مرقس ـ المرجع السابق، 15 وما بعدها، والمراجع المشار إليها في الهامش.

وكما تقدم القول، كان من شأن تطور الأوضاع الاقتصادية في القرن الثاني عشر أن ظهرت الحاجة إلى أوضاع قانونية جديدة لا تتلاءم مع النظـرة الشخصية الضيقة، كحوالة الدين والتأمين لمصلحة شخص غير معين أو شخص غير موجود وقت التأمين، ونشوء الالتزام أحيانا بارادة المدين المنفردة وبدون تعيين شخص الدائن وقت نشوئه كما في الوعد الموجه إلى الجمهور باعطاء جائزة، إذ ينشأ الالتزام في هذه الحالة بارادة المدين وحده وقبل أن يتعين شخص الدائن.

فمقتضى الأخذ بالمذهب الشخصي، الا ينشأ الالتزام إلا بين طرفين معينين من وقت نشوئه وبتوافق إرادة الطرفين على إنشائه، أما المذهب المادي فينظر إلى الالتزام في هذه الحالة باعتباره قيمة مالية سلبية تنشأ في ذمة المدين من قبل أن يتعين الدائن بها مادام الدائن ممكنا تعيينه عندما يحين وقت تنفيذ الالتزام، ويكون بالتالي بالإمكان أن ينشأ الالتزام بارادة المدين المنفردة. ومثال ذلك أيضا، الالتزام الذي ينشأ بسند لحامله، فهو ينشأ بارادة المدين المنفردة ولمصلحة دائن غير معين وقت إنشائه. والمذهب الشخصي هنا، لا يستطيع تبرير صحة هذا الالتزام ولكن المذهب المادي يستطيع ذلك.

والنظرة المادية للالتزام لا نصادفها فقط في الفقه الغربي، وإنما هي قائمة كذلك في الفقه الإسلامي، كما انعكست في التقنين المدني العربي.

النظرة المادية للالتزام في الفقه الإسلامي:[26]

يشير الفقه إلى أن الالتزام كان ينظر إليه في الفقه الإسلامي على أنه ـ في جوهره ـ عبارة عن فعل مطلوب من شخص معين، وعنصر الطلب هذا هو الذي يظهر أن الالتزام يتضمن ارتباطا بين شخصين، وهذا الارتباط يسميه الفقهاء «المطالبة». على أن الرابطة الإلزامية التي تربط الشخصين لم ينظر إليها الفقهاء على أنها رابطة شخصية، فهي تصبغها عندهم بصبغة مادية بحتة. وقد نظر الفقهاء إلى موضوع الحق قبل النظر إلى من له أو عليه الحق.

---

(26) راجع: د/ شفيق شحاتة ـ النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 197 وما بعدها.

د/ عبد الفتاح عبد الباقي ـ نظرية العقد، ص 21.

وتعكس فكرة حوالة الدين الطابع المادي للالتزام. فقد نظر الفقه الإسلامي إلى الدين على انه شيء يمكن تحوله من ذمة إلى أخرى. فهو عبارة عن قيمة مالية، لايهم فيه سوى انه ينقلب مالا في نهاية الأمر. ويشار كذلك إلى التفرقة بين الدين والمطالبة، فهي تظهر ان الدين نفسه ليس في نظر الفقهاء إلا المال الموجود في الذمة دونما اعتبار للرابطة وهي المطالبة، فهي قد أضيفت إليه إضافة. ومن المظاهر كذلك، إمكان تصور تقيد الشخص بارادته المنفردة إلى أن يصبح الشخص ملتزما قبل تعيين الملتزم به. فشخصه لا يهم، ما دامت الذمة قد شغلت.

النظرة المادية للالتزام في التقنين المدني العربي:

يبرر الأستاذ/ السنهوري تأثر واضعي التقنين المدني المصري الجديد الذي يعد مصدرا تاريخيا للتقنين المدني الليبي، ببعض أفكار المذهب المادي للالتزام[27] فاعترف بحوالة الحق (المواد 290 ـ 301 من القانون المدني الليبي) واجاز الاشتراط لمصلحة شخص مستقبل أو جهة مستقبلة او لمصلحة أو جهة لم تعينا وقت العقد متى كان تعيينهما مستطاعا وقت أن ينتج العقد أثره (المادة 158 ليبي). كما نظم حوالة الدين (المواد 302 ـ 309) ونص صراحة على أن من وجه للجمهور وعدا بجائزة يعطيها عن عمل معين، التزم باعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل به دونما نظر إلى الوعد بالجائزة أو دونما علم بها (المادة 164 فقرة أولى).

مع ذلك، يكاد يجمع الفقه على أن المشرع المصري لم يستطع أن يتجاهل اهمية الناحية الشخصية للالتزام، لأنه رأى أن الالتزام لا يقوم بدون شخص واحد على الأقل هو المدين، وأن تنفيذه لا يكون بدون تعيين طرفيه الدائن والمدين، وأنه لابد في نشوء الالتزام صحيحا وفي تنفيذه من إقامة وزن لقصد المدين وما يشوب إرادته من عيوب وما قد يعتور بواعثه الداخلية من عدم مشروعية، وما يجب عليه وعلى الدائن من الالتزام بحسن نية. فكان مسلك المشرع المصري، وبالتالي الليبي، يقوم على اتخاذ موقف من المذهبين اقرب إلى المذهب الذي رأى أن حاجة التعامل في العصر الحالي تقتضيها.[28]

---

(27) راجع: د/ عبد الرزاق السنهوري ـ الوسيط، المرجع السابق، ص 109.

(28) راجع: د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 19 20.

د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 109.

د/ إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص 22 وما بعدها.

د/ محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق ص 22.

موقف الفقه الجماهيري من هذه المسألة:

تعد هذه المسألة من الامثلة التي تساق للتدليل على الفجوة ما بين التشريع الوضعي والمفاهيم القانونية التقدمية التي افرزتها النظرية الجماهيرية. ذلك أن الفكر الجماهيري يرفض التمييز التقليدي بين الحق العيني (سلطة الشخص على شيء) وبين الحق الشخصي (علاقة بين شخصين). وتكون نقطة الانطلاق، هي العلاقات الإنسانية. فالحقوق ـ وتقابلها الواجبات ـ كلها مضمون لعلاقات إنسانية تصير بمفعول الحماية القانونية علاقات قانونية.

من هنا، يتضح أن نظرية الحق العيني ونظرية الحق الشخصي والمحاولات التي ظهرت في الفقه لإبقاء التفرقة بين النظريتين أو هدمها، وذلك من خلال توحيد او تقريب النظريتين إلى نظرية واحدة في مجال الحقوق إما نظرية شخصية او نظرية مادية، إن كل هذه المحاولات لم تؤدّ إلى تحقيق العدالة والمساواة في العلاقات القانونية بين البشر، وإنما ادت إلى سيادة قواعد الاستغلال مجسدة قانونا ظالما يتمثل في تقسيم اطراف العلاقة القانونية إلى سادة وعبيد، واغنياء وفقراء، وبؤساء ومقهورين... إن العلاقات القانونية السليمة لا تنشأ بين الأشخاص والأشياء، بل يجب أن تقوم مثل هذه العلاقات بين الأشخاص فقط على أساس الإرادة الحرة المتساوية الخالية من اي استغلال او اي ضغط او إكراه مادي أو معنوي لكل طرف من أطراف العلاقة، ولن يحقق هذه العلاقات العادلة إلا قانون عادل يصنعه كل الناس ويشتقون قواعده من مصادر مادية عادلة كالدين أو القواعد الطبيعية أو العرف.[29]

خصائص الالتزام في القانون الوضعي:

في ضوء ما تقدم بيانه من اتجاه المشرع الوضعي في القانون المدني إلى المزج بين المذهبين الشخصي والمادي للالتزام، يسوغ تعريف الالتزام بأنه حالة قانونية يوجد فيها شخص معين توجب عليه أن ينقل حقا عينيا أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل.

فالالتزام لم يعد كما ذهب المذهب الشخصي مجرد رابطة شخصية تشمل

---

(29) راجع: د/ عبد السلام المزوغي ـ نظرية الحق، ص 122.

حق الدائن وواجب المدين والعلاقة بينهما، وإنما حالة قانونية يوجد فيها الشخص الملتزم أي حالة كونه مكلفا بواجب قانوني حتى وإن لم يوجد الدائن بعد أن يتحدد شخصه، وهي حالة قانونية تسمح بامكان حوالة الحق وحوالة الدين.

في ضوء هذا التعريف، يشير الفقه[30] إلى ثلاث خصائص يقسم بها الالتزام بوصفه الحالة القانونية التي يوجد فيها المدين فهو: مما يقوم بالمال، ومايقبل الانتقال، وهو عارض وقتي مصيره الى الزوال.

1 ـ الالتزام حق ذاتي مالي:[31]

يميز في الحقوق الذاتية ما بين الحقوق اللصيقة بشخص حائزها وتخرج عن دائرة التعامل؛ مثل حق الإنسان في اسمه وشرفه وحقوقه السياسية، وأخرى تكون لها قيمة مالية وتكون قابلة للتداول. وإذا نظر إلى الالتزام بوصفه تعبيرا عن رابطة قانونية واحدة تربط بين الدائن والمدين؛ يسمى التزاما إذا نظر إليه من زاويته السلبية اي المدين، وحق دائنية إذا نظر إليه من زاويته الإيجابية اي الدائن. على هذا النحو، يكون الالتزام تعبيرا عمليا عن العلاقات الاقتصادية التي تقوم بين الأفراد. وعلى هذا النحو، يدخل الالتزام في الذمة المالية للشخص التي

تعد الجانب المالي للشخصية القانونية، حيث يقصد بها مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات.[32]

والالتزام بالمعنى المتقدم، هو قيمة سلبية تنقص من ذمة المدين المالية بقدر ما يزيد الحق الشخصي في ذمة الدائن، فيجب أن يكون الأداء الذي يلتزم به المدين أداء ذا قيمة مالية.

---

(30) راجع: د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 22 وما بعدها.

(31) راجع: Dupichot: op. cit, P 3.

Savatier (René): la théorie des obligations en droit privé économique, précis Dalloz, 1970,P 3.

(32) راجع: د/ حسام الدين كامل الأهواني ـ أصول القانون، المرجع السابق، ص 603.

ولمزيد من التفصيل انظر: رسالة الدكتور/ إسماعيل غانم ـ دراسة نقدية لنظرية الذمة المالية في القانون الفرنسي والقانون المصري، باريس 1951م.

فلور (و) أوبير، المرجع السابق، ص 2 و 3.

2 ـ الالتزام قابل للانتقال فيما بين الأحياء وبسبب الموت:

الالتزام بوصفه حقا ماليا هو قابل للانتقال فيما بين الأحياء من مدين إلى أخر عن طريق حوالة الدين، وكذلك حق الدائنية الذي يقابلة هو يقابله ايضا للانتقال من دائن إلى أخر عن طريق حوالة الحق.

ولا يثير انتقال الحق الشخصي بسبب الوفاة أو عن طريق الميراث أو الوصية خلافا بين الشرائع، وإنما يثور الخلاف بشأن مدى انتقال الدين أو الالتزام من المدين إلى ورثته. فالشرائع اللاتينية تعتبر الوارث مكملا شخصية المورث وحالا ومحله بحكم القانون في جميع حقوقه والتزاماته. اما الشرائع الجرمانية والشريعة الإسلامية، فالقاعدة فيها «أن لا تركة إلا بعد سداد الديون».ومؤدى ذلك، إن الوارث لا يعتبر مكملا شخصية المورث فيما يتعلق بديونه، وإنما تنتهي شخصية المورث بالوفاة وتصفى أمواله وتسدد ديونه ثم ينتقل الفائض من ماله إلى ورثته، بحيث إذا لم تف أمواله بجميع ديونه فإن فائض الديون أو الالتزامات ينقضي ولا ينتقل إلى الوراثة.

3 ـ الالتزام عارض ووقتي:

منذ نشأة الالتزام القانون يكون معلوما انه لابد أن ينقضي بأحد أسباب الانقضاء وأهمها الوفاء، إذ ينقضي به الدين ولا يبقى له من بعده وجود.

ويبرز الفقه الفارق بين هذه الخاصية للالتزام والواجب العام الذي يقابل الحقوق عامة والذي يتكون من مجموعه الحق الطبيعي لنشاط وحرية كل فرد في المجتمع، فهو ملازم لطبيعة الحياة في المجتمع، وهو دائم ومتجدد أبدا لا يؤثر فيه وفاء المكلف به مرة أو مرات.

تحليل رابطة الالتزام الى عنصريها ـ المديونية والمسؤولية Achuld und Haftung[33]:

يشير الفقه إلى تحلل رابطة الالتزام إلى عنصرين ـ المديونية والمسؤولية.

---

(33) راجع: د/ إسماعيل غانم ـ مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 24 وما بعدها.
د/ عبد الرزاق السنهوري ـ النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، 1934م، ص 188.
د/ عبد المنعم فرج الصدة ـ مصادر الالتزام ص 22.
د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 16.

ويقال، إن هذا التمييز يرجع إلى عهد القانون الروماني، كما عرفته الشرائع الجرمانية القديمة. بل إن القانون الإنجليزي يعرف أيضا هذا التمييز، حيث يفرق بين المديونية Duty ورابطة المسؤولية Liability.

وينسب إلى الفقيه الروماني (جيرك) الصياغة الحديثة لهذه النظرية. وبموجبها يتحلل الالتزام إلى عنصرين؛ عنصر المديونية وموضوعه عمل شيء أو الامتناع عن شيء، وعنصر المسؤولية وموضوعه خضوع شخص أو مال لسلطة الدائن اداء للمديونية. فالغاية هي عنصر المديونية، ووسيلتها هي عنصر المسؤولية بتمكين الدائن من الحصول على دينه. والغالب أن يقع الوفاء الاختياري، فلا تكون هناك حاجة إلى تحريك المسؤولية، إنما لا يكون الالتزام كاملا إلا إذا اجتمع فيه هذان العنصران، ويسمى آنذاك «التزام مدني». والقاعدة، إن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه (1/237).

وعنصر المديونية وليد إرادة الملتزم، أما عنصر المسؤولية فينشأ من القانون حين يفرض على المدين جبره على الوفاء بدينه.

والعنصر الأساسي في الالتزام هو عنصر المديونية، فلا يوجد الالتزام إلا بوجوده، ولا تُتصور المسؤولية بدون مديونية ترمي إلى تحقيقها. وعلى العكس، من المتصور عقلا أن توجد المديونية وحدها غير مستندة إلى مسؤولية أو مستندة إلى مسؤولية محددة، وبذلك يكون الالتزام ناقصا، كما أنه من المتصور أن توجد المسؤولية ضمانا لدين مستقبل، أو لضمان دين شخص آخر غير المسؤول.

ويشار في تفسير هذه الفروض إلى ازدواج رابطة الالتزام، حيث توجد في القانون الوضعي حالات مديونية بغير مسؤولية، وأخرى توجد فيها مسؤولية محددة. وأخيرا، قد توجد المسؤولية بدون مديونية حاليا أو بدون مديونية ذاتية.

على هذا، يميز الفقه[34] بين الفروض التالية:

1 ـ المديونية بغير مسؤولية:

تنص المادة 202 من القانون المدني على أن:

«1 ـ ينفذ الالتزام جبرا على المدين.

2 ـ ومع ذلك، إذا كان الالتزام طبيعيا فلا جبر في تنفيذه».

---

(34) راجع: د/ إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص 27 وما بعدها.

وتضيف المادة 204 نصها على انه «لا يسترد المدين ما اداه باختياره قاصدا أن يوفي التزاما طبيعيا».

يعد الالتزام الطبيعي الذي تشير إليه هاتان المادتان من المثال التقليدي، كحالة المديونية بغير مسؤولية. فالفرض إن ذمة المدين مشغولة بهذا الدين، ويكون الدائن غير قادر قانونا على استيفاء دينه قهرا. فهناك مديونية غير مصحوبة بمسؤولية، وإذا أذعن المدين لنداء الضمير واوفى الدين طواعية، فإنه يكون قد أدى واجبا مفروضا عليه، فلا يعتبر متبرعا، ولا يحق له بالتالي أن يسترد ما اداه اختياره.

يشار إلى فرض أخر لمثل هذا الالتزام الناقص، وهي حالة الإبراء من الالتزام المنصوص عليها في المادة 358 من القانون المدني، فهو يتم بارادة الدائن المنفردة ولا يترتب عليه سوى انقضاء المسؤولية مع بقاء المديونية قائمة.[35]

2 ـ المديونية المستندة إلى مسؤولية محددة:

المثال القليدي لهذا الفرض هو في حالة وفاة المدين، حيث تكون مديونية الورثة محددة في حدود تركة المدين المتوفى ولا تتعداها إلى اموال الوارث الخاصة. ويقابل ذلك، أنه ليس لدائني الوارث أن ينفذوا بحقوقهم على أموال التركة إلا بعد أن توفى ديون المورث. فالفرض هنا، إننا إزاء حالة مسؤولية عينية محددة تنحصر فيما تلقاه الوارث عن مورثه من اموال، وليس مسؤولية شخصية تمتد إلى كافة أموال الوارث الموروث منها وغير الموروث.

3 ـ المسؤولية بغير مديونية مالية او بغير مديونية ذاتية:

من غير المتصور وجود مسؤولية بغير مديونية ترمي إلى تحقيقها. غير أن ذلك لا يعني أنه يشترط أن تكون المديونية سابقة في وجودها على المسؤولية، أو أن يكون المسؤول هو المدين.

فالأمر الجوهري ـ كما يذكر الفقه ـ أن توجد المسؤولية بغية تحقيق مديونية معينة، ولو كانت المديونية لن توجد إلا في المستقبل، أو كانت تقع على عاتق شخص أخر غير المسؤول.

---

(35) راجع: د/ إسماعيل غانم ـ احكام الالتزام، الجزء الثاني، 1964م، ص 161 هامش 1.

وتعد المادة 1061 من القانون المدني مثالا لهذا الفرض، فهي تنص على أن «تحسب مرتبة الرهن من وقت قيده، ولو كان الدين المضمون بالرهن معلقا على شرط أو كان دينا مستقبلا أو احتماليا». فالفرض هنا، إننا إزاء حالة مسؤولية بغير مديونية حالية، ومع ذلك تحسب مرتبة الرهن من وقت قيده لا من نشوء الدين.

اما المسؤولية بغير مديونية ذاتية، فمثالها حالة الكفيل العيني الذي يرهن شيئا مملوكا له ضمانا لدين شخص آخر. وكذلك مثال حائز العقار المرهون عن الدين المضمون بالرهن، فهو تنتقل إليه ملكية العقار بعد رهنه، فينتقل إليه محملا بالرهن من دون أن يكون مدينا بالدين.(المادة 1064 فقرة 2 مدني والمادة 1065 مدني).

على هذا النحو، يتم تحليل عنصري رابطة الالتزام إلى مديونية ومسؤولية، وكان ذلك من أسباب ذيوع النظرية المادية في المانيا[36]. ويرى البعض[37] أن الفقه الإسلامي قد عرف مثل هذه التفرقة بين المديونية والمسؤولية، حيث تم التمييز بين «الدين» و «المطالبة»، وقالوا: إن الحق المجرد أو الدين المجرد قد يكون الشخص أو على شخص، بينما المطالبة تكون لشخص آخر أو على شخص آخر. فيقال بالنسبة لحوالة الدين مثلا، إن المطالبة وحدها تنتقل إلى المحال عليه بدون الدين، فيبقى الدين بدون المطالبة في ذمة المدين. ويتضح من ذلك، إن الدين يقابل عنصر المديونية، اما المطالبة فتقابل عنصر المسؤولية.

تصنيف الالتزامات:

تتعدد الأسس التي يقوم عليها تصنيف الالتزامات؛ فتارة يتم التصنيف تبعا لنوع الأداء الذي يجب على المدين القيام به، فينقسم الالتزام إلى: التزام باعطاء، والتزام بعمل، والتزام بامتناع عن عمل. وتارة ينظر إلى مدى اتصال الأداء الذي التزم به المدين بالهدف المرجو من إنشاء الالتزام فينقسم الالتزام إلى. التزام ببذل عناية، والتزام بتحقيق نتيجة. وتارة ينظر إلى توفر عنصري المديونية والمسؤولية في الالتزام، فينقسم إلى التزام مدني، والتزام طبيعي. واحيانا ينظر إلى طبيعة الحق المالي للالتزام فيجرى التمييز بين؛ الالتزام النقدي، والالتزام

---

(36) راجع: د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط، مصادر الالتزام، العقد، ص 139.

(37) راجع: د/سليمان مرقس - الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 16 هـ 7.
د/ شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص 19 و 192.

العيني، والالتزام القيمي. واخيرا، يدور التقسيم على أساس مصادر الالتزام، حيث يجرى التمييز بين: المصادر الارادية، والمصادر غير الإرادية للالتزام، وهو التقسيم الذي درج الفقه على اتخاذه أساسا لتناول نظرية الالتزامات.[38]

1 ـ تقسيم الالتزامات من حيث نوع الأداء ذاته:

أساس هذا التقسيم هو نوع الأداء المطلوب من المدين أو محل الالتزام، أي ما يكون المدين ملزما به حيال الدائن. وقد ورد النص على هذه الأنواع المختلفة من الأداء في بعض التقنينات الأجنبية: من ذلك المادة 1101 من التقنين المدني الفرنسي، وهي تتناول العقد بوصفه ابرز مصادر الالتزامات اهمية، فتعرفه بأنه «اتفاق، بموجبه يلتزم شخص او اكثر تجاه شخص او اكثر، باعطاء او بعمل او بامتناع عن عمل».

ا ـ الالتزام باعطاء: يأخذ صورة نقل حق عيني، كالملكية على عقار أو منقول، أو الالتزام بانشاء هذا الحق ابتداء، من ذلك التزام مالك العقار بانشاء حق ارتفاق على عقار لفائدة عقار أخر.

وقد يأخذ صورة الالتزام بدفع مبلغ من النقود، من ذلك التزام المشتري بدفع الثمن، والتزام المستأجر بدفع الأجرة، والتزام من تسبب بخطئه في الإضرار بغيره بتعويض المضرور نقدا. في هذه الفروض، يكون محل الالتزام نقل ملكية منقول ـ مبلغ من النقود ـ إلى الدائن بائعا كان او مؤجرا أو مضرورا. ولا يهم إذا كان الالتزام باعطاء بعوض أو بدونه.

ب ـ الالتزام بعمل: يقصد به التزام المدين بواقعة إيجابية، مثل تنفيذ عمل معين أو خدمة معينة، وكمثال، التزام الفنان برسم لوحة، والطبيب بالعلاج، والمقاول بالبناء، والمؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة.

جـ ـ الالتزام بالامتناع عن عمل: وهو يقتضي امتناع المدين عن عمل يملك

---

(38) راجع: د/ إسماعيل غانم ـ المرجع السابق، ص 31 وما بعدها.
د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 25.
د/ عبد السلام علي المزوغي ـ نظرية الحق، ص 112 وما بعدها.
فلور (و) أوبير، المرجع السابق ص 29 وما بعدها.
سافاتيه، المرجع السابق، 188.

القيام به قانونا. والمثال التقليدي في هذا الخصوص، التزام من يبيع محلا تجاريا بعدم فتح محل تجاري آخر مماثل في نطاق محدد، وهو ما يعرف بالالتزام بعدم المنافسة.

يبدو من مقارنة هذه الالتزامات، ان الالتزامين باعطاء وبعمل يتشابهان باعتبار أن محلهما واقعة إيجابية او اداء، في حين أن محل الالتزام الثالث هو واقعة سلبية او امتناع. ومن هنا، اخذ البعض بتقسيم ثنائي يرى انه من جانب يوجد التزام إيجابي ينقسم إلى التزام بعمل والتزام باعطاء، ومن جانب آخر هناك التزام سلبي يتحصل في الامتناع عن عمل.

غير ان التقسيم لا يعلو على النقد، فالتشابه في الحقيقة يكون أوفر تحققا ما بين الالتزام بعمل والالتزام بالامتناع من حيث الأحكام القانونية. فالالتزام باعطاء، يقبل التنفيذ الجبري (راجع المادة 207 مدني). اما في الالتزام بعمل أو الالتزام بامتناع، فالأصل فيه عدم جواز إكراه المدين بالقيام بالعمل أو امتناعه عنه، وإنما يكون المدين ملزما بتعويض الدائن عن الأضرار التي تسببت له نتيجة إخلاله بالتزامه على نحو ما سيأتي تفصيلا.

2 ـ تقسيم الالتزام من حيث هدف الأداء:

هذا التقسسم فقهي، ويعبر عنه احيانا بالالتزام بنتيجة والالتزام بوسيلة. فتارة يكون محل الالتزام محددا بدقة فيكون المدين مطالبا بأن يحقق هدفا محددا، من ذلك التزام الناقل بأن يسلم الشيء المسلم إليه في المكان والزمان المحددين له. وتارة، يكون المدين مطالبا بأن يستعمل افضل الوسائل الممكنة، وأن يبذل اقصى حيطة وهمة للوصول إلى نتيجة معينة بدون أن يكون في مقدوره ضمان بلوغ تلك النتيجة. ومن ذلك أن الطبيب لا يضمن شفاء المريض الذي يعالجه، وإنما يلتزم ببذل كل ما في وسعه لتحقيق ذلك وفقا للأصول الطبية المقررة، فالتزامه مقصور على بذل العناية الواجبة بغض النظر عن النتيجة.

إن الاهمية العملية لهذا التمييز، تتبدى بالنسبة لتقرير شروط مسؤولية المدين المحتملة. فإذا كان المدين مطالبا بالتزام بنتيجة، فإن مسؤوليته تكون قائمة طالما لم يتم بلوغ هذه الغاية، ذلك أن هذه الواقعة في حد ذاتها تثبت عدم التزامه، وهو لا يستطيع أن يدفع مسؤوليته إلا إذا اثبت ان عدم التنفيذ مرجعه سبب لا يد له فيه كقوة قاهرة، وتلك هي حالة الناقل الذي لم يسلم الشيء المسلم إليه أو تأخر

في تسليمه، وحالة البائـع الملتزم بنقـل الملكية وتسليم المبيـع. في هذه الفـروض جميعـا، يكون الالتـزام التزامـا محددا بتحقيق نتيجـة محددة، ولا يغيـر من هـذه النتيجة كون التزام الناقل مثلا ذا طبيعة عقدية أو تقصيرية.[39]

اما بالنسبة للمدين بالتزام بـوسيلة فهـو على العكس، يكون مسؤولا بمقـدار تقاعسه عن بذل العناية الواجبة دونما التزام عليه ببلوغ النتيجة المأمولة. فبالنسبة للمريض الذي يتوفى أو لا يشفى، فإن واقعة الوفاة أو عدم الشفاء لا ترتب بـذاتها مسؤولية الطبيب المعالج وحقه أو حق ورثة المتوفى في اقتضـاء التعويض، وإنمـا يكون من المتعين إثبات التقصير في بذل العناية الواجبة. ويقـال في هذا الشـأن، إن في الالتزام بنتيجة يكون خطأ المدين مفترضـا، بينما في الالتزام بوسيلـة يكون من المتعين إثبات الخطأ.

وتعنى التقنينات المدنية بتحديد مقدار العناية الواجبة. من ذلك، نص المادة 214 من القانون المدني الليبي في فقرتهـا الأولى، حيث تقضي بأنـه «في الالتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بادارته أو أن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه، فإن المدين يكون قـد اوفى بالالتـزام إذا بذل في تنفيـذه من العنايـة كـل مـا يبـذلـه الشخص العـادي ولـو لم يتحقق الغـرض المقصود. هذا، ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك». ويكـون المشـرع قـد تبنى بذلك معيارا موضوعيا لتحـديد العنـاية المطلـوبة من دون النظـر إلى شخص المدين بذاته. فلا عبـرة بالعنـاية التي اعتـاد المدين أن يبـذلها في شؤون نفسـه، وإنما العبرة بالعناية التي يبذلها الشخص العادي قلت هذه العناية (إذا كان المدين شديد الحرص) أو زادت (إذا كان المـدين أقل حـرصا من الشخص العـادي) عن العناية التي اعتاد هذا المدين بالذات أن يبذلها.[40]

إن عناية الشخص العادي، هي المعيار العـام الذي ينص عليـه الحكم العام الوارد في المادة 214. بيـد أن هذا النص يجيـز الخروج على هـذا المعيار العـام وذلك إما في الحالات التي ينص عليها القانون، أو في اتفاق ما بين الطـرفين، حيث يتفق على بذل عناية أزيد أو أقل في تنفيذ الالتزام.

---

(39) راجع: د/ عبد السلام علي المزوغي ـ تعليق على حكمين لمحكمة بنغازي الابتدائية حول مسؤولية الناقل الجوي للركاب، مجلة دراسات قانونية، المجلد السادس، السنة السادسة 1976م، ص 381 وما بعدها.

(40) راجع: المرجع ذاته، ص 380 (و) د/ إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص 34.

ومثال الحالات المنصوص عليها قانونا، ما تقضي به المادة 640 فقرة أولى في شأن هلاك الشيء المعار. فطبقا لهذا النص، يكون «على المستعير أن يبذل في المحافظة على الشيء العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله بدون أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل العادي» فالمعيار هنا انقلب إلى معيار ذاتي. وقد توخى المشرع به مصلحة المعير، ومن ثم يتشدد في مقدار العناية التي يجب على المستعير ان يبذلها في المحافظة على الشيء.

اما حيث يكون مقصودا بالعقد مصلحة الدائن وكان التزام المدين بلا مقابل مادي، فإن المشرع يتساهل في مقدار العناية المطلوب من المدين بذلها. من ذلك حالة «الوكالة بلا أجر» حيث تنص المادة 704 فقرة اولى على أنه «1 ـ إذا كانت الوكالة بلا اجر، وجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها العناية التي يبذلها في اعماله الخاصة، بدون أن يكلف في أزيد من عناية الرجل العادي». اما إذا كانت الوكالة بأجر، فهنا تكون العودة إلى المعيار الموضوعي ويكون واجبا على «الوكيل ان يبذل دائما في تنفيذها عناية الرجل العادي» (م704 فقرة 2).

هذا، ويجوز الاتفاق على مقدار العناية الواجب بذلها خلافا عن المعيار العام المحدد الخاص بعناية الرجل العادي. إلا أن ذلك الاتفاق مقيد بمراعاة ما تقضي به المادة 220 مدني في فقرتها الثانية، بحيث لا يجوز أن يؤدي الاتفاق على التقليل من العناية الواجبة من المدين إلى حد إعفائه من المسؤولية في حالة الغش أو الخطأ الجسيم.

وجدير بالذكر، إن التمييز بين الالتزامات من حيث كونها التزاما بنتيجة أو التزاما بوسيلة ينطبق على كافة الالتزامات، فالمدين إما يكون ملزما بنتيجة أو يقف التزامه عند حد بذل العناية الواجبة. غير أنه من الناحية العملية، هذا التمييز يتعلق بوجه خاص بالالتزام بعمل، فهو وحده الذي يثير مسألة ما إذا كان المدين ملزما بنتيجة أم بمجرد بذل عناية. أما في الالتزام باعطاء أو بالامتناع، فالفرض هنا إننا بالضرورة إزاء التزام بنتيجة. فمن غير المتصور أن يبذل المرء ما في وسعه لينقل الملكية، أو ليمتنع عن فتح متجر ينافس المتجر الذي باعه إلى المتعاقد معه. ففي هذه الفروض، لا يكون المدين في حالة خيار بين «النتيجة والوسيلة» وإنما عليه أن يبلغ الهدف المنشود.[41]

---

(41) راجع: فلور (و) اوبير، المرجع السابق، ص 32.

Dupichot: op. cit, P 5n

وفي نطاق الالتزام بعمل، تثور مسألة تحديد معيار التفرقة بين الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية، وذلك توصلا لمعرفة ما إذا كان المدين قد نفذ التزامه أم لم ينفذه. وفي هذا الخصوص، وضع الفقه عدة ضوابط:[42]

- إذا كان الالتزام غير تعاقدي، فإنه يستشف قصد المشرع من نص القاعدة القانونية التي قررت ذلك الالتزام. من ذلك نص المادة 195 فقرة أولى مدني، حيث تقضي بأنه «يجب على الفضولي أن يبذل في القيام بعمل عناية الشخص العادي، ويكون مسؤولا عن خطئه». فالالتزام هنا التزام ببذل عناية الرجل العادي، وذلك بنص القانوني.

- أما إذا كان الالتزام اتفاقيا، فالأصل هو الرجوع إلى ما اتفق عليه الطرفان، وتفسير ذلك وفقا للقواعد التي قررها المشرع لتفسير العقود في المادتين 152 و 153 مدني، وذلك لمعرفة ما إذا كانت نية المتعاقدين قد اتجهت إلى إنشاء التزام بنتيجة أو التزام بوسيلة.

يشار في هذا الخصوص إلى انه مما يساعد على الوقوف على نية المتعاقدين الاستعانة بفكرة «الاحتمال Aléo» . ويقصد بذلك، إنه إذا كانت الغاية الموجودة من الالتزام قد بدت للمتعاقدين وقت إبرام الاتفاق غير مؤكدة التحقيق وإنما احتمالية فحسب، كنا بصدد التزام ببذل عناية. أما إذا كان المتعاقدان قد استبعدا احتمال عدم تحقق النتيجة ونظر إليها بوصفها محققة الوقوع، كان الالتزام التزاما بتحقيق نتيجة.

3 ـ تقسيم الالتزام من حيث توفر عنصر المسؤولية:

تقدم بيان كيف أن الالتزام يتحلل إلى عنصرين، هما المديونية والمسؤولية. ويعد الالتزام كاملا حيث يجتمع العنصران، ويكون التزاما مدنيا. أما حيث يتوفر عنصر المديونية بدون المسؤولية، فنكون إزاء التزام اصطلح على تسميته بالالتزام الطبيعي أو «الواجبات المعطلة» إذ الأصل أنها كانت التزاما واجب أداؤه ولكن عرض ما عطل منه أثرها [42 مكرر]. على هذا، فالالتزام المدني هو ذلك الالتزام الذي يخول الدائن سلطة إكراه المدين على التنفيذ، أي أنه يتضمن جزاء. وبالمقابل، يفتقر الالتزام الطبيعي إلى عنصر الجزاء، فلا يستطيع الدائن أن يجبر المدين على التنفيذ، وإنما يتحول

---

(42) راجع: د/ إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص 36 والمراجع المشار إليها.

(42 مكرر) راجع: د/ محمد صادق فهمي ـ محاضرات في نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص 16.

التنفيذ، وإنما يتحول التنفيذ بالنسبة للمدين إلى واجب ضميري فحسب.[43]

بيد أن المشرع لم يهمل تماما توفر عنصر المديونية في الالتزام الطبيعي، فبعد أن نصت الفقرة الأولى من المادة 202 على المبدأ العام الذي يقضي بأن «ينفذ الالتزام جبرا على المدين» أردفت الفقرة الثانية نصها: «ومع ذلك، إذا كان الالتزام طبيعيا فلا جبر في تنفيذه. على أنه إذا أوفى المدين بالالتزام الطبيعي ما أداه باختياره قاصدا أن يوفي به، فلا يسترد ما أداه» (م204). كما أن المادة 205 تقضي بأن الالتزام الطبيعي يصلح سببا لالتزام مدني. ويقال عندئذ، إن الالتزام الطبيعي قد تحول إلى التزام مدني أو أنه قد ولد التزاما مدنيا. وحكم في فرنسا في شأن الالتزام بالنفقة فيما بين الأخوات، فهو التزام طبيعي لا يجوز الإجبار على تنفيذه. ومع ذلك، فمن درج على إعطاء نفقة إلى شقيقه المحتاج، فهو لا يستطيع بشروط معينة التحلل من استمرار أداء هذه النفقة التي هي في الأصل التزام طبيعي، ويقال إنه قد ولد التزاما مدنيا.

نفاذا للقواعد المتقدمة، حكمت المحكمة العليا بأن «العقد الباطل لعدم استيفاء الشكل والذي لا ترجع علة بطلانه إلى رضا المتعاقدين في ذاته وإنما إلى مانع قانوني حال دون أن ينتج العقد منذ نشأته التزاما مدنيا قابلا للتنفيذ جبرا على المدين، إلا أنه يتولد عن آثاره الطبيعية التي لا تتعارض مع النظام العام التزام طبيعي فلا جبر في تنفيذه على المدين وإنما يجوز تنفيذه باختياره، ولا يصح له استرداده. ولا يعد هذا التنفيذ تبرعا، وإنما يُجرى عليه حكم الوفاء، فلا يكون للمدين أن يسترد ما أوفاه فعلا ولا أن يرجع في الوعد بالوفاء به مستقبلا، ونص المادة 205 من القانون المدني صريح في أن «الالتزام الطبيعي يصلح سببا لالتزام مدني، ويصبح المدين ملزما بالوفاء بالوعد التزام مدنيا يجبر على تنفيذه»[44]

4 ـ التمييز بين الالتزام النقدي، والالتزام العيني، والالتزام القيمي:[45]

هذا التمييز حديث، ويتصل بالأوضاع الاقتصادية والنقدية المعاصرة:

---

(43) راجع: د/ سليمان مرقس ـ الوافي، المرجع السابق، ص 29. فلور (و) أوبير، المرجع السابق ص 29.

(44) راجع: حكم المحكمة العليا الصادر بجلسة 1980/2/10م في الطعن المدني رقم 24/93ق، مجلة المحكمة العليا، العدد الرابع، السنة السادسة عشر، يوليو 1980م، ص 77.

(45) راجع: د/ سليمان مرقس. الوافي، المرجع السابق ص 29.

أ ـ الالتزام النقدي: هو أحد أنواع الالتزام باعطاء، وهو التزام بنقل كمية معينة من النقود أي أشياء مثلية، وله خصائص مميزة.

فمن الناحية الاقتصادية، يخضع لمؤثرات انخفاض قيمة النقود، وتكون في صالح المدين لأنها تتيح له أن يسدد بنقود لها قوة شرائية أضعف دينا ابرمه بعملة نقدية أقوى. والأصل الذي نص عليه القانون المدني انه «إذا كان محل الالتزام نقودا، التزم المديون بقدر عددها المذكور في العقد بدون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي اثر» (م134). ويعد هذا النص تطبيقا لمبدأ الوحدة النقدية ذاتها رغم تغيير قيمتها الشرائية Nominalisme monétaire . فالعبرة بتسمية الوحدة النقدية بدون مراعاة للواقع الاقتصادي الذي تمثله. وهنا تثور قضية ما قد يتخذه الدائن من تحوطات لمواجهة تقلبات سعر العملة، وبالأخص انخفاضها تبعا لما يعرف بأسلوب المقياس أو السلم المتغير Echelle mobile بحيث يشترط زيادة المبلغ الإجمالي للدين بنسبة انخفاض قيمة العملة.

ومن الناحية القانونية، يعد الالتزام النقدي اكثر الالتزامات بساطة من حيث تنفيذها الجبري، شرط أن يكون المدين ميسورا. ذلك أن الدائن يحصل مباشرة على الأداء المستحق له، وذلك امر لا يتحقق في الغالب بالنسبة للدائن بأي التزام عيني.

ب ـ الالتزام العيني: يعرف الالتزام بطريقة سلبية، فهو التزام لا يكون محله مبلغا من النقود، بل يشمل الالتزامات باعطاء اشياء خلاف النقود، والالتزامات بعمل أو بامتناع.

والأصل في الالتزام، انه ينشأ في ذمة شخص معين ويفرض عليه اداء محددا. ولذلك، فالأصل أن الالتزام مرتبط بشخص المدين، ينشأ في ذمته وينقضي بوفاته إياه أو بأي سبب أخر من أسباب الانقضاء متعلق بشخصه. غير أن الفقه لاحظ أن هناك التزامات يلتزم بها الشخص بسبب كونه مالكا لشيء معين او صاحب حق عيني أخر على هذا الشيء، فهي تقوم بسبب ملكية المدين شيئا معينا أو بسبب حيازته إياه. وتنتقل منه تبعا لانتقال تلك الملكية او ذاك الحق العيني إلى شخص أخر، أي أن الالتزام المذكور يرتبط بالعين التي ينشأ بسببها، وينتقل معها من مالكها أو حائزها إلى من خلف هذا الأخير في الملكية او في الحيازة وأبرز مثال على ذلك حائز العقار المرهون بالدين المضمون بالرهن، ذلك انه

«يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون، وأي تصرف يصدر عنه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن» (المادة 1047 مدني).

في هذا الفرض، نصادف الانفصال بين عنصري المديونية والمسؤولية. فالفرض أن هناك مدينا راهنا يتوفر فيه عنصر المديونية، تصرف في عقاره المرهون إلى شخص آخر، ويكون هذا الحائز الجديد ملزما بالدين المضمون، وعليه سداده إن أراد توقّي إجراءات حجز العقار ونزع ملكيته منه، اي يتحقق عنصر المسؤولية في حق هذا الحائز للعقار المرهون غير المدين أصلا بالدين سبب الرهن. من هنا، خلص الفقه إلى أن الالتزام العيني يتسم بخصائص ثلاث:

1) إن المدين في هذا الالتزام، لا يتحدد بشخصه، بل بوصفه صاحب حق عيني على شيء أو حائزا لشيء.

2) إن الالتـزام العيني ينتقل من المدين به إلى غيره تبعا لانتقال الحق العيني أو الحيازة إلى ذلك الغير، بقطع النظر عن الطريقة التي تم بها انتقال الحق العيني أو الحيازة.

3) إن المدين بالالتزام العيني يستطيع أن يتخلص من هذا الالتزام بالتخلي عن الحق العيني أو الحيازة التي ارتبط بها هذا الالتزام، في حين أن المدين بالتزام شخصي لا يستطيع أن يتخلص منه إلا بالوفاء أو بأي طريق من طرق انقضاء الالتزام.

جـ - الالتزام بقيمة Dette de Valeur[46]: هذا الالتزام هو تصنيف حديث ساقه الفقه الفرنسي متأثرا بالفقه الالماني. وهو يمثل نوعا وسطا فيما بين النوعين السابقين. وهو أيضا التزام لا ينصب على أداء عدد معين من الوحدات النقدية، ومثال ذلك الالتزام بالنفقة، فالأصل فيه ليس كفالة تقديم مبلغ محدد من المال، إنما على تقديم قيمة معينة يمكن أن تترجم إلى عدد من الوحدات النقدية، وإنما إشباع الحاجات الضرورية للدائن بالنفقة بغض النظر عن التقلبات النقدية وما قد يترتب على انخفاض قيمة العملة من قصور مبلغ النفقة المحكوم به عن الوفاء بتلك الحاجات. من هنا، تنص القوانين المنظمة لاقتضاء النفقة على الطابع الوقتي لمبلغ النفقة المحكوم به، وتغيره اطرادا وتقلبات قيمة العملة على نحو يكفل أن يكون مبلغ النفقة حاملا «للقيمة» المنشودة، وهي القيمة الضرورية لإشباع حاجة المستفيد بالنفقة بحيث يكون بمنأى عن العوز.

---

(46) راجع: Pierre-Francois: La notion de dette de valeur en droit civil, thèse, droit, paris 1975.

ويقال إبرازا لهـذا المعنى، إنه في حـالة الالتـزام النقدي، يقـع على المدين التزام بالإعطاء، فعليه أن يعطي عددا معينا من الوحدات النقدية يستخدمها الدائن كما يحلو له. أما في الالتـزام بقيمة فنكـون بصدد التـزام بعمل، وعلى المـدين أن يوفر للدائن نتيجة معينة أيا كان ثمنها.

وإذا نظر إلى الالتزام بقيمة من زاوية أسلـوب التنفيذ، فـإن الالتزام بقيمـة يبدو وكأنه التزام نقدي، وبالأخص من حيث أن تنفيذه الجبري يكون ميسورا. على أنه إذا نظر إلى هذا الالتزام من ناحية الضمان الممنوح للـدائن، يكون أقـرب إلى الالتزام العيني من حيث أن كليهما لا يتأثران بتقلبات قيمة العملـة. على ذلك، فـإن الخصائص القانونية للالتزام بقيمة هي خصائص الالتزام النقدي، أمـا الخصـائص الاقتصادية فهي خصائص الالتزام العيني.

ولا شك أن الخاصية الثانية، هي الأكثر دلالـة. ولذلـك، يشهد «دين القيمـة» حاليا نموا أكبر. فكثيـر من الالتزامـات القانـونية التي كـانت فيما مضى التـزامات نقـدية، تحـولت إلى ديون قيمـة. ومن الأمثلة التي تسـاق في هذا الصـدد مسألـة الرجوع في الهبـة، فالأصـل أن يتم رد المال المـوهوب وتعتبـر الهبة كـأن لم تكن (م492 مدني)، إلا انه في فرنسا صدر تشريع في 1967/12/28م بتعديل المادة 1 ـ 1099 مدني فرنسي بشأن رد المال الموهوب نتيجة إلغاء الهبة الصورية فيما بين زوجين. وبموجبه، يجوز للمدين أن يرد بدلا من المال الموهوب مبلغا من المـال شريطة أن يكون «مساويـا لقيمة ذلـك المال في تـاريخ السـداد» وليس في تاريـخ وقوع الهبة، وذلك توخيا لاسترداد الواهب «قيمة» ماله.

5 ـ التمييز بين الالتزامات من حيث مصادرها:

مفهوم مصدر الالتزام:

يذكر الفقيه (بلانيول) في مقال لـه عن ترتيب مصـادر الالتزام، أن العقـل لا يرضى أن يعترف بمصدر للحق إلا إذا كان هذا المصدر كافيا لإنشـاء الحق إذا لم تشترك عوامل أخرى معه في إحداث هذا الأثر. ويكون المصدر لازمـا لإنشاء الحق إذا كانت لا تغني عنه عوامل أخرى، بل لابد من تدخله لإحداث هذا الأثر، فمصـدر الحق، هو الذي به يكون الحق وبغيره لا يكون. والمصدر ـ باعتباره السبب المنشيء للحق ـ قـد يكون هـو نفسه نـاشئا عن مصـدر آخر ابعـد منه. فـالسببية تفتـرض تسلسل الأسباب، والقـانون هـو المصدر البعيـد أو المصدر غيـر المباشـر لجميع

الحقوق. فهو المصدر الذي أنشأ المصادر المختلفة للحقوق واعترف بها بهذا الوصف، مع احتفاظه ايضا بصفة المصدر المباشر بالنسبة لبعض الحقوق الأخرى.[47]

على هذا، درج الفقه على إطلاق تسمية «مصدر الالتزام» على الواقعة المنشئة له. فمن اقترض مبلغا من المال يكون ملزما برده، ومصدر هذا الالتزام هو العقد الذي ابرمه مع المقترض. كما أن قائد السيارة الذي صدم شخصا فأصابه، يكون ملزما بأن يعوض المصاب عن الضرر الذي أحدثه به، ومصدر هذا الالتزام هو الخطأ الذي ارتكبه.[48]

ولمصادر الالتزامات تاريخ طويل وممتد عبر التشريعات المتعاقبة بدءا بالقانون الروماني ووصولا إلى التشريع الوضعي.

مصادر الالتزام وفقا للقانون الروماني:

يشير الفقه[49] إلى التأثير الكبير الذي انعقد للقانون الروماني في تحديد مصادر الالتزامات. فمن جانب، وضع (جايوس) تقسيما ثنائيا لمصادر الالتزام إلى مصادر عقدية ومصادر غير عقدية. ثم جاء (جستينيان) وتضمنت موسوعته تقسيما رباعيا لتلك المصادر فهي: العقد، وشبه العقد، والجريمة، وشبه الجريمة. أما (مودستان) فقد أضاف مصدرا خامسا هو القانون.

وقد رأى الرومان أن الالتزام هو قيد أو سلسلة Vinculum في عنق الملتزم. ولما كان مقيدا لحرية الإنسان بعض التقييد، من ثم تعين أن يكون مصدره عمل الإنسان.

وعمل الإنسان الذي يسبب التزامه،كان في العصور الأولى لا يخرج عن أحد امرين: الارتباط مع الغير بعقد، أو الجرائم التي يرتكبها ضد غيره.

---

(47) راجع: بلا نيول في المجلة الاقتصادية، العدد الصادر في سنة 1904م، ص 227 وقد اشار إليه د/ سمير عبد السيد تناغو ـ القرار الإداري مصدر للحق، منشأة المعارف 1972م، ص 19.

(48) راجع: فلور (و) اوبير، المرجع السابق، ص 35.

(49) راجع: د/ محمد صادق فهمي، المرجع السابق، ص 16.
د/ سمير تناغو، المرجع السابق، ص 4.

ولكن، لما كثرت علاقات الناس وارتقت فكرة المسؤولية، صار الإنسان لا يسأل فقط عن جرائمه التي قصد بها إضرار الغير، بل صار يسأل أيضا عن كل فعل صدر عنه ولو اخطأ واضر بالغير، ولو لم يقصد الضرر، وهو ما يسمى بشبه الجريمة.

كذلك وجدت احوال رئي من الضروري الاعتراف فيها بوجود الرابطة القانونية ولو لم يسبقها اتفاق أو فعل ضار، كما إذا رأى شخص بيت جاره آيلا للسقوط فأنفق عليه حتى أصلحه، فيكون الجار ملتزما بهذا العمل بأن يؤدي إلى الفضولي قيمة النفقات بشروط محددة. وهنا قيل، إن هذه حالة شبه العقد. اخيرا، رئي أن هناك التزامات تنشأ عن نص في القانون.

والجدير بالذكر، إن القانون المدني الفرنسي قد تأثر بهذا التقسيم وذلك على الوجه التالي.

مصادر الالتزامات في القانون الفرنسي:

مرت نظرية الالتزامات في القانون الفرنسي بمرحلتين تشريعيتين: حيث يجري التمييز بين القانون الفرنسي القديم، ثم «تقنين نابليون» الذي يعد مصدرا تاريخيا للقانون المدني الليبي في عديد من احكامه، مع بعض التعديل على ضوء ما سنبين بالنسبة لمصادر الالتزامات.

أ ـ في القانون المدني القديم:

يشير الأستاذ/ السنهوري[50] إلى أن تاريخ ترتيب مصادر الالتزامات في القانون الفرنسي القديم، تحوير مستمر للنظرية الرومانية.

وينسب إلى (دوما Domat) خروجه على الترتيب الذي أورده الرومان لمصادر الالتزامات، فقد راى أن الالتزامات إما أن تكون اختيارية أو غير اختيارية. فالأولى، تنشأ من اتفاق أو من إرادة واحد كما التزام الوارث والتزام الفضولي. والأخرى، يفرضها الله تعالى على الناس بدون أي دور لإرادتهم في ذلك كما في التزام رب العمل إزاء الفضولي والتزامات الجوار. على ذلك، يكون (دوما) قد حصر

---

(50) راجع: د/ عبد الرزاق السنهوري ـ نظرية العقد، المرجع السابق، ص 32 وما بعدها.

مصادر الالتزامات في الإرادة والقانون، وجعل ايضا العمل الضار مصدرا للالتزام بصفة عامة، فقرر أن محل الخسائر والأضرار التي تنجم عن فعل شخصي سواء كان ذلك عن عدم تبصر أم عن خفة أم عن جهل بما تجب معرفته ام عن اي خطأ من هذا القبيل، أن يعوض عنها من كان عدم تبصره او خطأه سببا فيها.

على ان الفقهاء اللاحقين عليه، عادوا للتراث الروماني القديم. فقد وضع (بوتييه Pothier) بتأثير هذا الاتجاه، ترتيبا خماسيا لمصادر الالتزام، فحصرها في العقد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة والقانون.

وعرف (بوتييه) العقد بأنه اتفاق بمقتضاه يلتزم شخصان كل منهما نحو الآخر او يلتزم شخص منهما نحو الثاني باعطاء شيء، او بعمل، أو بالامتناع عن عمل.

وعرف شبه العقد بأنه عمل يسمح به القانون، يصدر عن شخص فيلزمه نحو شخص آخر، أو يلزم شخصا آخر نحوه، بدون أن يكون بين الشخصين اي اتفاق. من ذلك، إن دفع شخص لدين غير مستحق عليه عن خطأ، يلزم المدفوع له برد ما اخذه. وابرز (بوتييه) أن الالتزام الذي ينشئه شبه العقد لم يأت من اتفاق كما في العقد، بل اتى عن طريق القانون او العدالة، وانه إنما سُمي شبه العقد لأنه ـ بدون أن يكون عقد ـ ينشىء الالتزام كالعقد.

وعرف الجريمة بأنها عمل يصيب به شخص شخصا آخر بضرر ما عن تعمد وسوء نية. اما شبه الجريمة فهو عمل يصيب به شخصا آخر بضرر بدون تعمد، بل عن إهمال لا يغتفر. وذكر أن الفرق بين شبه العقد من جهة، والجريمة وشبه الجريمة من جهة اخرى: أن الأول عمل يسمح به القانون، والثاني عمل يحرمه.

القانون الطبيعي عمل للالتزامات:

ذكر (بوتييه) أن القانون الطبيعي هو في الواقع مصدر كل الالتزامات، وإن كان مصدرا غير مباشر في الأحوال المتقدمة. فالعدالة تقضي بأن يفي الإنسان بوعده، وهذا هو العقد؛ وأن يصلح الضرر الذي أصاب به الغير، وهذه هي الجريمة وشبه الجريمة؛ وأن يرد ما اخذ بغير حق او يتم عملا بداه حتى يمنع الضرر عن صاحبه، وهذا هو شبه العقد.

ولكن هناك من الالتزامات ما يستند إلى القانون راسا فيكون هو مصدرها

المباشر، كالتزام الابن الموسر بالنفقة على أبويه الفقيرين، وكالتزام الزوجة وفق القانون الفرنسي القديم برد ما اقترضته من الغير بدون إذن زوجها وبقدر استفادتها من هذا القرض. والتزامها هذا لا يرجع إلى عقد القرض اذ هو باطل ما دام الزوج لم يأذن، ولكن يرجع إلى القانون الطبيعي الذي لا يرضى بأن يثري شخص على حساب غيره.

وقد تأثر واضعو «تقنين نابليون» بهذا الترتيب لمصادر الالتزامات فاوردوه في تقنينهم.

مصادر الالتزامات في «تقنين نابوليون»:

نقل «تقنين نابليون»، عن (بوتييه) تعداده لمصادر الالتزامات، وهي العقد الذي عرفته المادة 1101 بأنه «اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص او عدة أشخاص آخرين باعطاء شيء، أو بفعله، أو بالامتناع عن فعله». ثم نص في المادة 137 على أن بعض الالتزامات تنشأ بدون أن يكون هناك اي اتفاق لا من جانب من التزم، ولا من جانب من التُزم نحوه. وقد تنشأ بعض هذه الالتزامات بحكم القانون وحده، ويتولد البعض الآخر من عمل شخص صادر عمن التزم. فالالتزامات الأولى التزامات غير اختيارية كالتزامات الملاك المتجاورين، أما الالتزامات التي تتولد من عمل شخص صادر عمن التزم فهي تنشأ إما عن شبه العقد، أو عن الجريمة، أو عن شبه الجريمة.

وبذلك، يكون التقنين المدني الفرنسي قد ميز بين طائفتين أساسيتين من الالتزامات[51]؛ فهناك «التزامات اتفاقية» اي ناشئة عن عقد، وقد شكل العقد إبان وضع التقنين المدني المصدر الرئيسي للالتزام. فخضوع شخص لآخر - وهي الخاصية اللصيقة بكل التزام - ينشأ عادة من تطابق إرادتيهما. وإذ صدر التقنين في أوج المذهب الفردي، كان من اليسير تصور الأمر على خلاف ذلك، بل إن من الأمور ذات الدلالة أن «تقنين نابوليون» يعالج في باب العقود ليس فقط الأحكام الخاصة بها، وإنما كذلك القواعد المشتركة لكل الالتزامات من حيث الآثار والانقضاء إبرازا لهيمنة العقد على نظرية الالتزام.

---

(51) راجع: فلور (و) اوبير، المرجع السابق، 35 و 36.

بل يبرز الأستاذ (ديموج) مدى تأثير المذهب الفردي على واضعي «تقنين نابوليون». فقد عرف شبه العقد في المادة 1371 على خلاف مفهوم (بوتييه) لهذا المصدر. ذلك أن (بوتييه) كان يرى أن الالتزامات التي تنشأ من شبه العقد إنما تنشأ من إرادة منفردة، ولكن هذه الإرادة قد تكون إرادة المدين وقد تكون إرادة الدائن. أما «تقنين نابوليون» فيرى أن الشخص لا يصبح بإرادته إلا مدينا، ولا يصح أن يصبح دائنا. فقانون (نابوليون) أكثر توغلا من (بوتييه) في المذهب الفردي، إذ يأبى أن يصبح الشخص دائنا بإرادته طبقا لما يقتضيه التضامن الاجتماعي.

وهناك التزامات تتكون بدون اتفاق، أي بالقانون وهي غير متجانسة؛ بعضها ينشأ من سلطة القانون وحدها أي لا إراديا، مثل التزامات الجوار والتزامات الأوصياء والتزامات النفقة. أما البعض الآخر، فينشأ من واقعة شخصية خاصة بشخص الملتزم ترتب التزامه، وهي شبه العقد وشبه الجريمة بالتفصيل الذي تقدم بيانه.

تقدير مسلك المشرع الفرنسي:

تعرض تصنيف الالتزامات من حيث مصادرها الذي أتى به «قانون نابوليون» لانتقادات بالغة الضراوة من جانب الفقه الفرنسي، ولعل أبرزها كان في مقال سطره الأستاذ (بلانيول) في عدد المجلة الانتقادية الصادر عام 1904م، حيث أورد فيه ما يلي:[52]

إن ترتيب القانون لمصادر الالتزامات يستهوي العقل بما فيه من معنى التقابل. فالمصادر الأربعة الأولى يمكن تقسيمها على نحوين مختلفين، فإذا نظرنا إلى العمل المنشيء للالتزام من ناحية المشروعية وضعنا العقد وشبه العقد في قسم باعتبارهما عملا مشروعا، ووضعنا الجريمة وشبه الجريمة في قسم آخر باعتبارهماعملا غير مشروع. وإذا نظرنا إلى العمل من ناحية القصد والتعمد، وضعنا العقد والجريمة في قسم، وشبه العقد وشبه الجريمة في قسم آخر، ثم جمعنا ما بقي من الالتزامات التي لا ترجع إلى مصدر من هذه المصادر الأربعة، وجعلنا مصدرها القانون. ولكن هذه البساطة في التقسيم ليست إلا بساطة ظاهرة ولم نصل إليها إلا على حساب الحقيقة.

(52) راجع: د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 44 وفيها عرضا للانتقادات الموجهة إلى تصنيف «قانون نابوليون» لمصادر الالتزامات.

فمن حيث تقسيم العمل غير المشروع ـ باعتباره مصدرا للالتزامات ـ إلى جريمة وشبه جريمة بحسب وجود نية التعمد أو عدم وجودها، فلا أهمية له لا من حيث نشوء الالتزام ولا من حيث مداه، والأفضل الجمع بينهما وجعلهما شيئا واحدا هو «العمل غير المشروع».

اما في شأن شبه العقد كمصدر للالتزام، فيرى (بلانيول) أن هذا المصطلح محض خطأ، وقد لا يوجد في القانون كله لفظ آخر ينافسه في عدم الدقة، فإن الشيء الذي يعنيه هذا اللفظ لا وجود له، فليس هناك مصدر للالتزام يشبه العقد، وليست هناك حالة يصبح فيها الشخص ملتزما نحو آخر لأنه قام تقريبا بالتعاقد معه. ويناقش (بلانيول) رأي القائلين بأن «شبه العقد» قريب من العقد في أنه إرادي وبعيد عن الجريمة وشبه الجريمة من حيث أنه عمل مشروع. ويرى (بلانيول) عكس ذلك، فشبه العقد بعيد عن العقد لأنه غير إرادي، وقريب من الجريمة وشبه الجريمة لأنه غير مشروع.

للتدليل على ان شبه العقد عمل غير إرادي، يشير (بلانيول) إلى حالة الشخص الذي يقيم بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره بدون رضاء صاحب الأرض، فيكون على هذا الأخير ان يدفع مبلغا يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت (راجع المادة 928 فقرة أولى ـ مدني ليبي). ويذكر (بلانيول) أن العمل الإرادي ليس هو الذي خلق الالتزام، وليس من صدرت منه هذه الإرادة هو الملتزم، بل الملتزم هو الشخص الآخر الذي لم تصدر عنه أية إرادة، وهو صاحب الأرض الذي فوجيء بالبناء مقاما على أرضه من دون إرادته!.

أما إن «شبه العقد» عمل غير مشروع، فيشير الأستاذ (بلانيول) إلى أن مشروعية أو عدم مشروعية العمل يكون بالرجوع إلى شخص المدين بالالتزام لا إلى شخص الدائن. فلئن كان عمل الفضولي أو من يقيم بناء على أرض الغير عملا مشروعا، إلا أنه إذا نظرنا إلى المدين بالالتزام أي رب العمل في حالة الفضالة (المادة 198 مدني ليبي) وصاحب الأرض في حالة الالتصاق (المادة 1/928 مدني ليبي) نجد أن السبب في الحالتين المتقدمتين وفي الحالات المشابهة، يرجع إلى إغناء المدين بدون سبب على حساب الدائن، فوجب عليه حينذاك ان يردّ للدائن ما اغتنى به على حسابه، فالاغتناء بدون حق مصدر للالتزام إذن، وهذا عمل غير مشروع.

خلص (بلانيول) إلى رفض التقسيم الوارد في التقنين، والاستعاضة عنه بالقول بثنائية مصادر الالتزام، وانحصارها في العقد والقانون. أما شبه العقد والجريمة وشبه الجريمة، فردها كلها للقانون. وتفصيل ذلك، إن الالتزام إما أن يفرضه الشخص على نفسه بتوافق إرادته مع إرادة شخص آخر وهذا هو العقد، وإما ان يفرضه عليه القانون باختلاف اقسامه. فالالتزامات التي يقال إن مصدرها شبه العقد والجريمة وشبه الجريمة، ليست إلا التزامات قانونية. وبعبارة أدق، هي التزامات جزائية عن التزامات قانونية، إذ انها تعويض مالي عن عدم القيام بالتزام قانوني سواء تمثل في عدم الإضرار بالغير أم الإثراء على حساب الغير.

لئن انعقد لـ (بلانيول) الفضل في توجيه نظر الفقهاء إلى ضعف الترتيب الذي أورده المشرع الفرنسي لمصادر الالتزامات، إلّا انه بدوره تعرض للنقد من جانب اقرانه بما لا يتسع المقام لبسطه هنا[53] ونكتفي في هذا الشأن بأن نسوق ما يراه الفقه الفرنسي الحديث من نقد لموقف المشرع الفرنسي، وهو ما يكشف ـ كما سيأتي ـ عن مسلك المشرع المصري فالليبي في تحديد مصادر الالتزام.

موقف الفقه الحديث من مسألة مصادر الالتزامات:[54]

يشير الفقه الحديث إلى أن الالتزامات التعاقدية بوصفها مبنية على رضا الأطراف المتعاقدة، تنطوي على تنوع ومرونة لا نصادفها في الالتزامات الأخرى المتسمة بالجمود.

لذا، يبدو من السائغ ان يقام تصنيف ثنائي لمصادر الالتزامات بدلا من وضع جميع المصادر عند مستوى واحد. ويدرج في الطائفة الأولى ليس العقد فحسب، بل مجموع «التصرفات القانونية». فالعقد هو تلاقي إرادات، أما التصرف القانوني فهو كل تصرف إرادي يرمي إلى إحداث آثار قانونية. ويشمل ذلك التصرفات التي تصدر عن جانب واحد، أي من صنع إرادة واحدة.

---

(53) لمزيد من التفصيل حول الخلاف الفقهي المحتدم حول مصادر الالتزامات: نحيل إلى رسالة الدكتوراه المقدمة إلى كليةحقوق باريس من الدكتور/ نعمان جمعة حول «مصادر الالتزام» المنشورة بسلسلة مكتبة القانون الخاص عام 1968م.
Théorie des sources de l'obligation, L.G.D.J, 1968.

(54) راجع: فلور (و) اوبير، المرجع السابق، ص 37.

ويأخذ الفقه الحديث على (بلانيول) مغالاته في إدراج كل مصادر الالتزامات الأخرى ـ خلاف العقد ـ ضمن القانون. ذلك أن مسايرة هذا المنطق تقود إلى القول بأن الالتزام التعاقدي هو بدوره التزام قانوني. فأساس الالتزام المترتب على العقد هو القانون باعتبار أن المشرع يفرض على المتعاقدين احترام تعهداتهم. وبذلك، لا تكون هناك ثمة حاجة لأي تصنيف، ويندرج الكل في نطاق واحد، لكنها وحدة صورية.

والواقع، إن مرد اللبس هو ازدواج المقصود بمصطلح «مصدر». فإذا تعلق الأمر بالمصدر الأصلي والأولي، كان صحيحا أنه القانون دائما. ذلك أن شرط وجود الالتزام أن يسلم به القانون. وقيل بحق، إن المرء لا يحوز حقوقا ذاتية إلا بالقدر الذي يقبل القانون الموضوعي أن يوفره له.

أما إذا تعلق الأمر بالمصدر المباشر والفوري، أي بالواقعة الأدنى قربا والتي تولد الالتزام، فهنا يكون للتقسيمات الفرعية ما يبررها. فأحيانا يكون الفرد ملتزما نتيجة إتيانه نشاطا معينا (الفضولي ـ الفعل الضار) ويكون منشأ الالتزام هو هذا الفعل الشخصي الذي يحرك تطبيق القانون. وأحيانا يكون سبب الالتزام المركز الذي يوجد فيه الشخص بدون أن ينسب له نشاط معين، مثل التزامات الجوار والنفقة. وهنا، يكون القانون مصدرا فوريا ومباشرا للالتزام دونما حاجة لنشاط أي شخص لتحريكه.

على هذا النحو، تبدو أهمية إقامة المقابلة بين الواقعة الشخصية والقانون. ولكن الأمر الذي يثير الجدال هو معيار تصنيف الوقائع الشخصية فيما بينها، وقد استعاد الفقه الحديث في هذا الخصوص بعضا من انتقادات (بلانيول).

ففي شأن المقابلة بين الجريمة وشبه الجريمة، نلمس فارقا ما بين القانون الجنائي والقانون المدني. فالقانون الجنائي يفرق بين الجريمة العمدية والجريمة غير العمدية، وتكون المساءلة الجنائية، وبالتالي العقوبة، اشد في الأولى منها في الثانية. والحال على خلاف ذلك في المجال المدني حيث يتعلق الأمر بتعويض المجني عليه، فالالتزام بالتعويض قائم في الفرضين. ومن هنا، يُجرى إدراج المسؤولية تحت تسمية واحدة، هي المسؤولية المدنية، وتشمل المسؤولية التقصيرية وشبه التقصيرية.

ويضيف الفقه الحديث - تأثرا ببلانيول - أن السبب الذي من أجله يكون شبه العقد مصدرا للالتزام، هو المفهوم العام للاثراء بلا سبب. وتفصيل ذلك، إنه حين تكون الواقعة الإرادية المحضة مصدرا للالتزام تحت تسمية «شبه العقد» فإن ذلك يكون بهدف تفادي إثراء بلا سبب، أي إثراء لا تبرير له لشخص على حساب شخص آخر. فرب العمل في الفضالة وصاحب الأرض في الالتصاق إذا أعفيا من الرد، فإنهما يثريان بدون حق على حساب الغير.

وفي شأن مفهوم «شبه العقد» يقال، إنه على خلاف ما توحي به التسمية من تقارب مع العقد، فإن هناك خلافا جوهريا. ذلك أن جوهر العقد هو أنه تلاقي إرادات، وهذا الجوهر مفتقر في شبه العقد. وعلى ذلك، يكون هناك تعارض بين شبه العقد و «التصرف القانوني» بوجه عام. فالفاعل هنا، يكون دائما منتويا أثرا قانونيا، وهو في هذا الفرض، لا يريد الالتزام وإنما الواقعة فقط التي يرتب لها القانون هذا الاثر.

غير أن البعض، يرى أنه في ضوء التحفظ السابق لا مانع من الإبقاء على تسمية «شبه العقد» بوصفها تسمية تقليدية نص عليها القانون الوضعي، مع مراعاة انه على خلاف ما توحي به المادة 1371 من القانون الفرنسي، فإن هذا المصطلح لا يعني دائما وبالضرورة فعلا إراديا.

غير ان رايا ذهب إلى تسليط الضوء على الدور الخلّاق للقانون، فالقانون هو وحده القادر على تعديل التنظيم القانوني، وبالأخص إنشاء الالتزامات. غير أن القانون وحده يظل ساكنا، وإنما يكون في حاجة إلى تحريكه سواء بواسطة تصرف قانوني أم بواسطة فعل.[55]

تصنيف الالتزامات من حيث مصادرها في التقنين المدني المصري:

مرت مصادر الالتزامات بطورين في القانون المدني المصري، فقد ورد النص عليها في القانون المدني الأهلي الملغى، ثم جرى تعديلها في القانون المدني الجديد.

---

(55) راجع: كاربونييه، المرجع السابق، ص 32.

1 ـ مصـادر الالتـزامـات في القـانـون المـدني الملغى: راعى المشـرع المصري الانتقادات الموجهة إلى التقسيم الوارد في «تقنين نابـوليون» بـالرغم من أن واضعي التشريع المصري حرصوا على التزام أحكام التشريع الفرنسي. فأورد في المادة 147/93 (اهلي مختلط) أن «التعهدات إما أن تكون ناشئة عن اتفاق أو عن فعـل أو نص». وقيل، إن إغفـال «شبه العقـد» جاء متعمـدا. ذلـك أن التقسيم الفرنسي منتقد من الوجهة الفنية لأنه لا يجوز القول بأن هناك شبـه عقد في حـالة الفضولي لأن أساس العقد الرضـا، وحالـة الفضولي لا رضـا فيها وإنمـا الفعل النافع هو أساسها[56]. كما جمع المشرع المصادر التي وزعها القانون الفرنسي بين شبه العقد والجريمة وشبـه الجريمـة في مصدر واحـد سمّاه «فعـلا» وأبقى العقد والقانون مصدرين مستقلين.

وينتقـد الأستاذ السنهـوري[57] مسلك المشـرع فيما يتعلق بعـدم تبيانـه لما ينطوي تحت «الفعل» من معـان. فالمـراد، بالفعـل عمل صـادر عن إرادة الإنسان، وهذا العمل إما أن يكون مشروعا أو غير مشروع، وإما أن يُفقر [هذا العمل] الدائن بدون حق أو يُغني المدين بدون سبب. وهكذا يتكشف عن «الفعل» أكثر من مصـدر واحد، كان فصل بعضـها عن بعضها الآخر أكثر إيضاحا وأوسع إحاطة بالموضوع. كما أن القانون المصري لم يشر إلى أن الإرادة المنفردة قد تكون مصدرا للالتزام في بعض الأحيان.

وسوف نرى أن هذه الانتقادات كانت وراء التعداد الذي تبناه التقنين المدني المصري لمصادر الالتزامات، والذي انتقلت منه إلى القانون المدني الليبي.

2 ـ مصادر الالتزامات في القانون المدني القائم:

تشير الأعمال التحضيرية للقـانون المـدني المصري إلى أن واضعيـه سعوا لتجنب الانتقادات الموجهة للتقسيم التقليدي لمصادر الالتزامات، ورأوا الاستئناس بما يُجرى عليه العمل في القانون المقارن.[58]

فقد لوحظ أن أحدث التشريعات ـ لا سيما ما كان منها جرمـاني النزعـة ـ لا يورد في النصوص تقسيما للمصادر، بـل إن المشروع الفـرنسي ـ الإيطالي ذاتـه

(56) راجع: د/ محمد صادق فهمي، المرجع السابق، ص 18.

(57) راجع د/ عبد الرزاق السنهوري ـ نظرية العقد، ص 53.

(58) راجع: مجموعة الأعمال التحضيرية، الجزء الثالث، ص 3 و 4.

على شدة تأثره بالنزعة اللاتينية، انتهى إلى الإعراض عن كل تقسيم فقهي، ونعى على التقسيم الذي اتبعه التقنين الفرنسي قصوره وفساده ومجانبته للمعقول.

وقد رئي أنه من الانسب اقتفاء اثر المشروع الإيطالي ـ الفرنسي وتقنينات حديثة اخرى، فلم يقتصر الأمر على الإعراض عن التقسيم البالي الذي اتبعه التقنين الفرنسي العتيق، بل جاوز ذلك إلى العدول عن إقرار أي تقسيم رسمي في النصوص. وعلى هذا النحو، قنع المشروع بعرض مصادر الالتزام المختلفة، بدون أن يجهد في ردها إلى اقسام جامعة شاملة في نص خاص. فعمد ـ نسجا على منوال احدث التقنينات ـ إلى البدء بأحكام العقد والإرادة المنفردة. ثم تناول العمل غير المشروع، والإثراء بلا سبب، وانتهى بالالتزامات التي تنشأ مباشرة عن نص القانون.

ويلاحظ في هذا المقام أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يعقدوا فصلا خاصا يبحثون فيه عن الالتزام ومصادره وآثاره، وإنما يكون على الباحث أن يستعرض أبواب الفقه وفصوله ليستقصي منه ما يراه يصلح أساسا لنظرية في هذا الموضوع.[59]

فالعقد منشيء للالتزام في الشريعة الإسلامية، وإن كان الفقهاء لم يضعوا نظرية عامة للعقد، بل جاءت أحكامه متناثرة في العقود المتفرقة. أما الإرادة المنفردة، فأحيانا تجعلها الشريعة الإسلامية مصدردا للالتزام ـ منها الهبة ـ وتارة ترتب عليها آثارا قانونية غير إنشاء الالتزام، فتكون سببا لكسب الملكية كالوصية، واخرى تكون إسقاطا للابراء والوقف. اما العمل الضار، فيلاحظ الأستاذ/ السنهوري أن الشريعة الإسلامية ـ أسوة بالقانون الروماني والقانون الإنجليزي ـ لم تتضمن قاعدة عامة تقضي بأن كل عمل ضار غير مشروع يلزم فاعله بتعويض الضرر الذي ينشأ عنه، ولكن توجد تطبيقات واسعة تكاد تكون في مجموعها تقريرا للقاعدة.

والإثراء بلا سبب ليس بمصدر للالتزام في الشريعة الإسلامية إلا في حالات معينة، من ذلك «دفع مالا يجب». فالظاهر من نصوص الشريعة الإسلامية أنها تجعله مصدرا للالتزام، فلو أن شخصا ظن أن عليه دينا فبان خلافه، رجع بما

---

(59) راجع: د/ جمال الدين محمد محمود سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، 1969م، ص 158 وما بعدها، والمراجع المشار إليها في الهوامش.

ادى. وعلى العكس، لا تعترف الشريعة «بعمل الفضولي» مصدرا للالتزام لانه يعتبر متبرعا، وانه لم يكن مضطرا إلى العمل الذي قام به، فلا يرجع بشيء على رب العمل.

اخيرا، يعد القانون مصدرا لبعض الالتزامات، كالالتزام بالنفقة على الزوجة وعلى الأقارب والتزام الولي والوصي وما إليها، وكذلك التزامات الجوار.

وقد راعى المشرع المصري هذه المصادر فيما أخذ به منها في التقنين المدني الجديد. وكان واضعو المشروع التمهيدي لتنقيح القانون المدني قد عرضوا في فصول مستقلة لأحكام كل من:

1) العقد 2) الإرادة المنفردة 3) العمل غير المشروع 4) الإثراء بدون سبب 5) القانون.

غير أن الفصل الخاص بالإرادة المنفردة لحقه عند المراجعة النهائية تعديل جوهري قصر الأحكام الواردة فيه على حالة الوعد بجائزة فقط، فصار الالتزام بالإرادة المنفردة لا يكون إلا في هذه الحالة الوحيدة، وبناء على النص الخاص بها. ولذلك، يشير البعض[60] إلى انه لم يعد ممكنا القول بأن التقنين الحالي يعتبر الإرادة المنفردة مصدرا عاما للالتزمات شأن العقد أو الفعل الضار مثلا، وتعين القول بأن الالتزام في الوعد بالجائزة يعتبر استثناء بمقتضى النص الخاص الوارد في المادة 162 مصري (تقابل 164 مدني ليبي) من الأصل العام الذي يقضي بأن الالتزام الارادي لا ينشأ إلا بتوافق إرادتين.

هل توجد مصادر اخرى للالتزامات؟:

تعد المصادر التي تقدم بيانها مصادر تكاد أن تصبح مصادر تقليدية في التقنينات المدنية الحديثة. بيد أن متابعة التطبيق القضائي للاحكام المدنية أسفر عن اجتهادات فقهية تنشىء مصدرا جديدا للالتزام سمي بـ «الالتزام القضائي». كما أن التطبيقات الوضعية الاشتراكية افرزت مصدرا مستحدثا للالتزام المدني يتمثل في «القرار الإداري».

---

(60) راجع: د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 52 (و) د/ عبد المنعم الصدة، المرجع السابق، ص 39.

الالتزام القضائي مصدر للالتزام:[61]

يعود الفضل إلى المناداة بهذه النظرية وبلورتها في ثوب علمي مكين إلى الفقيه المصري/ سمير تناغو في رسالته للدكتوراه المقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة باريس في عام 1964م عن «الالتزام القضائي». ويوجز الفقيه نظريته في هذا الخصوص، فيقول:[62]

«.. ومنطوق نظرية الالتزام القضائي، أنه في الحالات التي يقوم فيها القاضي بتعديل العقد بما له من سلطة تقديرية، وبمقتضى تفويض صريح من القانون، فإنه يقوم بتجديد الالتزامات الناشئة عن هذا العقد تجديدا يترتب عليه انقضاء هذه الالتزامات ونشأة التزامات جديدة تحل محلها مصدرها حكم القاضي . والالتزامات الجديدة تختلف عن الالتزامات القديمة في مصدرها وفي محلها، ويكون حكم القاضي في هذه الحالة مجددا ومنشئا ومصدرا للالتزام. والواقع، إن القاضي عندما يعدل العقد فإنه لا يفسره ولا يطبقه، ولكنه يخرج عليه ويقومه. والقاضي بهذا يحل إرادته محل إرادة المتعاقدين، وينشيء آثارا جديدة غير تلك التي ارتضاها المتعاقدان. وإعطاء هذه السلطة للقاضي أمر خطير للغاية، فهي مقررة مباشرة ضد فكرة العقد ونظامه. ولذلك، فإن القاضي لا يملك القيام بتعديل بالعقد من تلقاء نفسه، بل لابد ان يكون مفوضا تفويضا صريحا من القانون في القيام بذلك. والقانون هو المصدر غير المباشر للالتزام القضائي، كما هو الشأن بالنسبة لكل الالتزامات الأخرى، أما مصدره المباشر فهو حكم القاضي. والقانون لا يعطي للقاضي سلطة تقديرية في تعديل العقد إلا في الحالات التي يبدو فيها بوضوح أن العقد أصبح مخالفا للعدل مخالفة صارخة تقتضي التدخل وتبرره في نفس الوقت.

ومن أهم تطبيقات نظرية الالتزام القضائي ـ حسبما يرى أنصار هذا النظر ـ تعديل العقد في حالة الاستغلال (المادة 129 مدني مصري وليبي)وتعديل عقود

---

(61) راجع: الرسالة القيمة المقدمة إلى كلية حقوق باريس في هذا الشأن:

Tanago (Samir): De l'obligation judiciaire Bibliothèque de droit privé, No-64, L.G.D.J, 1965.

(62) راجع: د/ سمير تناغو ـ القرار الإداري مصدر الحق، المرجع السابق، ص 7 وما بعدها.

الإذعان (المادة 100 مدني مصري وليبي) وتعديل الشرط الجزائي (المادة 224 مدني مصري و 227 مدني ليبي) وتعديل أجرة الوكيل (المادة 709 مدني مصري وليبي) وهي كلها تطبيقات تتعلق بالغبن الذي يقع وقت إبرام العقد. أما الغبن اللاحق على إبرام العقد، فهو ما تنص عليه الظروف الطارئة (المادة 147 مدني مصري وليبي).

ازدادت نظرية الالتزام القضائي تطبيقا على مرّ الأيام، ولعل من أبرز تلك التطبيقات ذلك الذي تضمنه القانون الصادر في 1989/12/31م في فرنسا بشأن تسوية حالات زيادة مديونية الأفراد. ونكتفي الآن بالإشارة إلى أنه قد تضمن تخويل القاضي صلاحيات بالغة الاتساع فيما يتعلق بانقضاء الالتزامات أو تعديلها، أو تقرير التزامات بديلة لها على نحو ما سيأتي بيانه تفصيلاً.

يخلص انصار هذا النظر إلى القول بأن القاضي ـ وهو يحكم بالعدل بين الناس ـ يكون حكمه مقررا لحقوق الأفراد في معظم الحالات، ولكنه ينشىء هذه الحقوق في حالات أخرى بمقتضى تفويض صريح من القانون. وفي هذه الحالات، يكون الحكم مصدرا من مصادر الالتزام، ذلك أنه ـ كما يقول ريبير ـ[63] إن التعديل الذي يجريه القاضي لا ينبثق لا من العقد، ولا يتصل بالتقنية القانونية لقانون الالتزامات، بل إنه يصطدم ومنطق هذه التقنية. فحين يتم الانحراف عن إرادة المتعاقدين، يستحيل أن ينسب التنظيم الجديد الذي يحدثه القاضي إلى تلك الإرداة. فالتصرف المخالف للإرادة لا يسوغ نسبته إلى تلك الإرادة ذاتها[64].

تقدير نظرية الالتزام القضائي:

لم تسلم هذه النظرية من النقد. فقد ثار التساؤل بمناسبة التعديل الذي يجريه القاضي في الالتزامات العقدية عن مصدر تلك الالتزامات المعدلة. وهل تنسب إلى إرادة المتعاقدين التي افرزت العقد، أم إلى القاضي الذي تضمن حكمه الإلزام بالالتزامات المعدلة، أم إلى مصدر أخر جديد؟.

ردا على هذا التساؤل يقال، إنه حيث يكون هناك عقد تعدلت التزاماته

(63) راجع: Ripert(G): La règle morale de les obligations civiles, 4 ème. Ed. L.G.D.J. 1949, P 152.

(64) راجع: Tanago: De l'obligation judiciaire, op.cit, P 243.

بموجب حكم قضائي نكون إزاء ثلاثة عناصر[65]: قاعدة قانون موضوعية، وعقد مصحوب بواقعة قانونية أحدثت خللا في الرابطة العقدية مثل استغلال احد المتعاقدين بمعرفة المتعاقد الآخر أو حدوث ظروف طارئة تؤثر في الأسعار) وأخيرا الحكم القضائي.

ولما كان أنصار هذا النظر يرون أن القاعدة القانونية لا تنشيء البتة التزاما بمعنى رابطة شخصية بين طرفين، فإن العنصر الأول يكون مستبعدا. ولما كان طبقا لنظرية مصادر الالتزام «الواقعة القانونية هي مصدر الالتزام» فإننا في الفرض الماثل نكون إزاء واقعة قانونية تتمثل في العقد الناشيء من تلاقي إرادتين. على أنه تقدم بيان كيف أنه لا يسوغ أن ينسب الالتزام بعد تعديله بمعرفة القاضي إلى الإرادة المشتركة للطرفين، نظرا لمخالفة الالتزام المعدل بتلك الإرادة. ومع ذلك، فإن كان العقد لا يعد مصدرا للالتزام المعدل إلا أنه لم يختف، فهو يظل في محور القضية ويشكل أساس التعديل. فالالتزام ينشأ من العقد المعدل، ذلك انه من غير المتصور أن ينشأ من العدم. من ثم. يظل العقد المعدل باقيا، لكنه لا يبقى بوصفه عملا قانونيا، أي عملا لإرادتين متطابقتين يولد آثارا قانونية ارتضاها الطرفان. ذلك انه لم نعد أمام تصرف قانوني طالما أن تلاقي الإرادتين لم يعد هو العنصر الحاسم في إنشاء الالتزام. بيد أن العقد المبرم - وإن لم يعد تصرفا قانونيا - فقد أصبح عملا قانونيا بالمعنى الضيق، أي بمعنى انه واقعة قانونية وحدثا يرتب آثارا قانونية.

وهذا الحدث القانوني - العقد السابق - يرتبط بالحدث القانوني الذي يسفر عن تعديل العقد، فنكون حينئذ إزاء واقعة قانونية مركبة تتكون من واقعتين أو حدثين قانونيين نتيجة امتزاج واقعتين بسيطتين.

والأمر بالنسبة للقاضي، انه يحدد تلك الواقعة المركبة ويطبق عليها القاعدة القانونية الموضوعية، ويستخلص من ذلك النتيجة التي يتضمنها الحكم الذي يصدره. وفيما يرى أنصار هذا النظر، إن دور القاضي إزاء تلك الواقعة المركبة لا يختلف عن دوره إزاء العقد أو مصادر الالتزامات الأخرى. وقد يحدث أن تتسع صلاحياته من حالة إلى أخرى، ولكن ذلك لا يغير من طبيعة انشطته القضائية.

---

(65) راجع: Gomaa (Nooman): Théorie des sources de l'oboigation, L.G.D.J, Paris 1968, PP 79 ets.

يخلص أنصار هذا النظر إلى القول بأنه في حالة تعديل العقد بمعرفة القاضي، تكون الواقعة القانونية المركبة هي مصدر التعديل، أي مزيج من واقعة العقد السابق والواقعد المسببة للتعديل. ومصدر الالتزام في هذا الفرض، هو واقعة مركبة لم تطلق عليها تسمية بعد، ولم تصنف ضمن الأنواع التقليدية لمصادر الالتزام. على أن كون القاعدة مركبة وغير مسماة وغير مصنفة لا يبرر فيما يرى هذا الفقه أن ينسب الالتزام المعدل إلى العقد طالما أنه يخالف الإرادة المشتركة للأطراف المتعاقدين، أو إلى الحكم وطالما أن دور القاضي هنا لا يختلف عن ذلك الذي يباشره في الفروض الأخرى التي تواجهها النظرية التقليدية الالتزام. وعلى ذلك، فإن الالتزامات الناشئة عن عملية التعديل، لا يسوغ النظر إليها بوصفها التزامات عقدية بمراعاة أنّ تلاقي الإرادات ليس العنصر الحاسم في التعديل، وإنما يتحصل ذلك العنصر في الواقعة المركبة.

غير أن هذا الراي كان بدوره محلا للنقد، وذلك من زاويتين مختلفتين:

- فقد ذهب رأي إلى الإبقاء على العقد مصدرا للالتزام وقيل، إنه في حالة تعديل العقد لمواجهة ظروف طارئة فإن العقد لا ينقضي ولا يكمن الالتزام المعدل في الحكم وإنما في العقد ذاته(66). ومما يعزز هذا النظر، استمرار الضمانات والدفوع القانونية المترتبة على العقد المعدل.

- أما أنصار نظرية الالتزام القضائي، فقد ذهبوا إلى أن الحكم حين يعدل من الالتزام العقدي، فإنه ينهيه وينشىء التزاما جديدا. وهذا الحكم ينطوي على تجديد وإنشاء، وهو مصدر للالتزام أي الالتزام القضائي.(67)

القرار الإداري مصدر للالتزام:

من السمات المميزة للتقنينات المدنية الاشتراكية تعدادها لمصادر الالتزام، والنص على القرارات الإدارية ضمن تلك المصادر (راجع على سبيل المثال المادة. الرابعة من القانون المدني لجمهورية روسيا الاتحادية والمادتين 158 و 109° من القانون ذاته، والمادة 403 من القانون المدني البولوني).

---

(66) El-Gammal (M.M): L'adaptation du contrat aux circonstances, économiques, Thése droit,

(67) راجع: د./ سمير تناغوز الرسالة السابقة، ص 154.

ويبرز الفقه الاشتراكي هذه الخاصية[68]، ويعتبرها من خصائص نظرية الالتزامات في التشريعات الاشتراكية، وسوف يأتي في المجلد الثاني المخصص للعقود الاقتصادية بيان تفصيلي لدور القرار الإداري كمصدر للالتزامات، وإنما نقتصر هنا على إبراز ما استخلصه بعض الفقه من اعتبار القرارالإداري مصدرا للالتزامات في ظروف إعمال مبدأ التوجيه الاقتصادي المطبق حاليا حتى في الدول التي لا تزال ترفع راية الليبرالية الاقتصادية، كان ذلك إذعانا منها بمقتضيات المتغيرات الاقتصادية المعاصرة التي أفرزت ظروفا اقتصادية مختلفة تماما عن تلك التي كانت سائدة عند وضع التقنينات المدنية التقليدية، حيث سادت آنذاك فلسفة الدولة الحارسة بكل ما ينطوي عليه هذا المفهوم من معان سلبية وانكماش إن لم يكن انتفاء للنشاط الاقتصادي للدولة، وبالتالي انكماش دور جهة الإدارة في نشاط الأفراد.

ونقطة البدء عند أنصار هذا النظر[69]، إنه لكي يعتبر القرار الإداري مصدرا للحق أو للالتزام يجب أن يتوفر فيه ما يتطلبه الفقه من شروط فيما يعتبر مصدرا للالتزام. والشرط الضروري لكي يعتبر كذلك وجوب أن يكون المصدر كافيا لإنشاء الحق دونما حاجة لعوامل أخرى، ووجوب أن يكون لازما لإحداث الأثر بحيث لاتغني عنه عوامل أخرى. وحتى يمكن إطلاق وصف مصدر الحق على القرار الإداري، يتعين أن يكون القرار مصدرا مباشرا للحق أو للالتزام، وهو لا يكون كذلك إلا إذا صدر عن السلطة التقديرية رهنا بكل حالة على حدة تبعا لمدى توفر عناصر حرية التقدير لدى الإدارة.

ويرى أنصار هذا النظر، إن كل تطبيق للقانون يمكن أن يتم بطريقة تقديرية أو بطريقة مقيدة. وآية ذلك، إن كل قاعدة قانونية تتحلل إلى عنصرين؛ فرض، وحل. وكل تطبيق للقانون يتحلل بدوره إلى عنصرين؛ معاينة، وقرار، والمقصود بالمعاينة، هو إدخال المسألة المعروضة في الفرض الخاص بقاعدة معينة من القانون. أما القرار، فهو إخضاع هذه المسألة للحل الخاص بهذه القاعدة ذاتها. فإذا كان القرار هو نتيجة منطقية للمعاينة، فإن تطبيق القاعدة القانونية لا يكون

---

(68) راجع: Ionasco (Trajan): Des obligations en général dans le droit des pays socialistes. Faculté Internationale Pour l'Enseignement du droit comparé, strasbourg 1968, P 13. Chambre (Henri): L'évolution du marxisme sovietique, seuil 1974, P 286.

(69) راجع: د/ سمير تناغو - القرار الإداري مصدر للحق، المرجع السابق، ص 19 وما بعدها.

تقديريا. وعلى العكس، إذا كان القرار لا يترتب لا ضرورة ولا منطقا على المعاينة بل يتوقف على إرادة الشخص القائم بتطبيق القانون، فإن التطبيق في هذه الحالة يكون تقديريا. فالسلطة التقديرية تتوقف على طريقة صياغة القاعدة، وهل هي قاعدة مرنة أم قاعدة جامدة. والقاعدة المرنة - أي تلك التي تكون صياغتها في عبارات مطاطة - هي وحدها التي يُجرى تطبيقها بطريقة تقديرية. وهكذا السلطة التقديرية يمكن مباشرتها في المراحل الثلاث لتطبيق القاعدة: المعاينة، واتخاذ القرار، ومضمون هذا القرار. ويكفي أن تتوفر المرونة في أية مرحلة من هذه المراحل الثلاث، حتى يعتبر تطبيق القانون في هذه الحالة تقديريا.

والسلطة التقديرية، تعني أن رجل الإدارة قام بعمل خلاق يستحق معه أن ينسب إليه الأثر الذي ترتب على قراره. أما إذا لم يباشر رجل الإدارة أية سلطة تقديرية في إصدار القرار بل قام بتطبيق القانون آليا في حدود اختصاصه المقيد، فإن الأثر الذي يترتب على قراره في هذه الحالة لا يعتبر ناشئا عن القرار ذاته، وإنما يعتبر ناشئا عن القانون مباشرة، إذ لم تفصل بين القانون والأثر أية قوة يمكن أن ينسب إليها هذا الأثر بصفة مباشرة.[70]

والمثال الذي يساق لإبراز الفارق بين السلطة التقديرية للادارة واختصاصها المقيد، هو الالتزام بدفع الضريبة. فهو - فيما يرى انصار هذا النظر - يكون مصدره القانون ذاته وليس قرار الربط عن جهة الإدارة. ذلك أن جهة الإدارة لم تكن تملك إصدار هذا القرار أو عدم إصداره، ولم تملك تحديد مضمون هذا القرار أو تحديد محل الالتزام الممول. ويعتبر القانون هو المصدر المباشر للالتزام بدفع الضريبة، لدرجة أن القانون يفرض على الممول أن يقوم من تلقاء نفسه بدفع الضريبة من واقع إقراره هو، وقبل أن يصل إليه قرار الربط من جهة الإدارة.

والاعتراف بالقرار الإداري كمصدر عام للحق يقوم على قاعدة عامة مؤداها أنه في جميع الأحوال التي يسمح فيها القانون لجهة الإدارة باصدار قرارات تقديرية منشئة لحقوق عينية أو شخصية، فإن هذه القرارات تعتبر المصدر المباشر للحقوق المشار إليها. ويعتبر القانون المصدر غير المباشر لها، كما هو الشأن بالنسبة للمصادر الأخرى للحق.

---

(70) راجع: د/ صبيح مسكوني - القضاء الإداري في الجمهورية العربية الليبية، منشورات جامعة بنغازي، كلية الحقوق، 1974م، ص 53 وما بعدها.

ومن أبرز القرارات الإدارية المنشئة لحقوق شخصية وعينية لم تكن موجودة من قبل، قرار نزع الملكية للمنفعة العامة. والقرار الإداري بنزع الملكية يعتبر سببا من أسباب كسب الملكية، كما أن نقل الملكية يتم تنفيذا للالتزام بنقلها انشأه القرار المقرر للمنفعة العامة. وترجع الحكمة من اعتراف القانون بقدرة القرار الإداري على إنشاء الحق إلى ضرورة إطلاق الحرية للادارة في تحقيق الخير العام للجماعة، وهي تتأكد من باب أولى في نطاق الملكية الاشتراكية.

نكتفي في هذا الصدد بالإشارة إلى انه نتيجة التحول الاشتراكي في عديد من البلدان، اكتسبت الإدارة اختصاصات جديدة في إدارة المشروعات العامة. وتتم مباشرة هذه الاختصاصات عن طريق إصدار قرارات إدارية تؤدي في كثير من الأحيان إلى نشأة حقوق والتزامات لم تكن موجودة من قبل. ومن الأمثلة التي تساق في هذا الصدد علاقة المؤسسات العامة بالشركات التابعة لها، فهي تسيطر عليها عن طريق رابطة التزام توجب على هذه الشركات أن تحقق الغرض الذي انشئت من أجله، ومصدر هذا الالتزام الأساسي هو القرار الصادر بانشاء الشركة العامة. وإلى جانب هذا الالتزام الأساسي، فإن الشركات المختلفة تلتزم بالتزامات فرعية كثيرة في مواجهة المؤسسة القابضة، وهي التزامات تنشأ طوال حياة هذه الشركات بمقتضى قرارات صادرة عن مجلس الإدارة او اللجنة الشعبية للمؤسسة القابضة.

على هذا النحو، يخلص انصار هذا النظر إلى الدعوة لإلحاق القرار الإداري بالضوابط التي تقدم بيانها ضمن المصادر الإرادية للالتزام[71] تسليما بالدور الحقيقي الذي تقوم به السلطة الإدارية في المجتمع في سعيها نحو تحقيق المصلحة العامة.

التمييز بين مصادر الالتزام في إطار النظرية الجماهيرية:

بادىء ذي بدء، نذكر أن القانون المدني الليبي الصادر في 1953/11/28 لا يزال القانون النافذ في البلاد، وقد أدخلت عليه بعض التعديلات لمواجهة مقتضيات ملحة وإزالة بعض صور التناقض الصارخ بين أحكام التقنين الوضعي ومبادىء المجتمع الجماهيري الجديد ومقوماته.

---

(71) راجع: د/ سمير تناغو، المرجع السابق، ص 101.

والتقنين المدني الليبي إذ يقوم مصدره التاريخي علي التقنين المدني المصري - الذي هو بدوره امتدادا للتراث القانوني المدني الفرنسي على نحو ما تضمنه تقنين (نابوليون) فإنه بذلك يعكس - بحسب الأصل - البنية السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي أفرزها المذهب الرأسمالي الفردي. وقد عكست تقسيمات وأبواب هذا التقنين التنظيمات السائدة في الفقه التقليدي، والتي نصادفها في التقنينات التقليدية، وذلك امر يتبدى بوجه خاص في تنظيم ذلك القانون لحق الملكية.

اما على صعيد نظرية الالتزامات وما يتصل بتحديد مصادرها، فقد تبنى التقنين المدني الليبي ذات التقسيم الذي صادفناه في التقنين المدني المصري، فتناول المشرع في الباب الأول من الكتاب الأول من القسم الأول من التقنين الخاص بـ الالتزامات أو الحقوق الشخصية، مصادر الالتزام. ثم عالجها في فصول متتالية تبدأ بالعقد، فالإرادة المنفردة، فالعمل غير المشروع، فالإثراء بلا سبب، فالقانون.

بذلك، يكون المشرع الليبي قد تبنى تقسيما خماسيا لمصادر الالتزامات على النحو الذي تقدم بيانه بالنسبة للتقنين المدني المصري. وفي إطار هذا التقسيم الخماسي، ترد مصادر الالتزام إلى نوعين: المصادر الإرادية، والمصادر غير الإرادية.

فالمصادر الإرادية تشمل التصرفات القانونية، ويقصد بها الأعمال القانونية التي تتجه الإرادة لمباشرتها بقصد إحداث آثار قانونية معينة. وهي إما أن تكون صادرة عن جانبين وهذا هو العقد، أو صادرة عن جانب واحد وهذه هي الإرادة المنفردة.

أما المصادر غير الإرادية فتشمل الوقائع التي تترتب عليها الآثار القانونية، بقطع النظر عن اتجاه الإرادة لإحداث هذه الآثار. وهذه الوقائع متنوعة، فليست هناك نظرية عامة للواقعة القانونية غير الإرادية. غير أن التشريع خص واقعتين بعناية خاصة وهما: الفعل الضار، والإثراء بلا سبب، فوضع قواعد عامة تنطبق على الحالات المختلفة لكل منهما. وإلى جانب هاتين الواقعتين، توجد وقائع عدة يرتب عليها القانون نشوء الالتزام مثل القرابة والجوار وغيرها، وهي المقصودة بذكر القانون بين مصادر الالتزامات. فالالتزامات التي يقال إن مصدرها المباشر نص القانون، هي التزامات مصدرها المباشر وقائع متفرقة يصعب ترتيبها، وتخرج

دراستها عن نطاق النظرية العامة للالتزام، إذ ليس بينها أصول مشتركة. على هذا، تكون دراستها في سياق كل مسألة من المسائل التي وردت فيها، فيدرس مثلا الالتزام بالنفقة بين الأقارب عند قانون الأسرة، وتدرس التزامات الجوار عند دراسة حق الملكية.. الخ.

على النحو المتقدم، كان تقسيم مصادر الالتزامات في التقنين المدني الليبي. وليس من شك أن النظرية الجماهيرية كان لابد أن يكون لها انعكاسها على احكام الالتزامات، وعلى المعاملات بوجه عام. وقد ارست في هذا الخصوص عدة اسس يوجزها الفقه[72] على الوجه التالي:

1) إن الدين هو شريعة المجتمع، والقرآن الكريم شريعة اي مجتمع اسلامي.

2) إن العرف مصدر تكميلي لشريعة المجتمع في مسألة المعاملات.

3) إلغاء كافة القواعد الظالمة من ربح وإيجار واتجار.

4) حظر استغلال الإنسان من أخيه الإنسان أو من اية جهة اخرى.

5) تحرير الإنسان من كافة مظاهر الظلم، واعتبار حماية هذا الإنسان هي غاية القانون.

6) إن المصدر المباشر للمعاملات هو الإرادة الشعبية الحرة المباشرة وفقا لمبادىء سلطة الشعب، وذلك من خلال استنباط الاحكام من القواعد الموجهة للتشريع المذكورة في الفقرات السابقة.

ملامح مصادر الالتزامات في مشروع القانون المدني الجماهيري:

تضمن مشروع القانون المدني الجماهيري في المادة 207 منه تعدادا لما يعتبره مصدرا للالتزام، فحصر المصادر في:

1) العقد.
2) التصرف المنفرد.
3) الأوراق التجارية.
4) قرار التخطيط.
5) إلحاق الضرر.
6) الإثراء بدون حق.

(72) راجع: د/ عبد السلام علي المزوعي ـ نظرية القانون، المرجع السابق، ص 180.

7) استخدام العمل الفكري.

8) غير ذلك من الأفعال التي تناقض القانون أو النظام الاجتماعي الجماهيري.

هذا، ويلاحظ على هذا التعداد أنه سعى للتوفيق بين التقسيم التقليدي لمصادر الالتزامات، فنص على العقد والتصرف المنفرد وإلحاق الضرر والإثراء بدون حق، مع الحرص على إبراز الدور المستحدث لمصادر أخرى لم تكن قائمة في ظل المجتمع الليبرالي التقليدي. من ذلك، النص على «قرار التخطيط» وهو نص يعكس بلا شك اعتبارات سياسة التوجيه الاقتصادي المعمول بها في الجماهيرية. ويتأكد هذا المعنى من مطالعة المادة التالية برقم 208 وتنص بأن «تخضع العقود والتصرفات المنفذة لخطة التنمية الاقتصادية والاجتماعية للأحكام الخاصة بها، وكذلك للأحكام العامة في الالتزامات».

يضاف إلى ما تقدم، انه لا شك بأن القائلين بنظرية «الالتزام القضائي» سوف يجدون دعما قويا لنظريتهم فيما نصت عليه المادة 206 من المشروع، وتقضي بأن:

«1 ـ يجوز للقضاء عند خرق الالتزام أن يختار واحدا أو أكثر من الجزاءات الآتية:

أ ـ التنفيذ العيني.

ب ـ زيادة واجبات الطرف المذنب أو إنقاص واجبات الطرف البريء.

جـ ـ تقرير مسؤولية الطرف المذنب.

د ـ حل العلاقات القانونية بناء على طلب الطرف البريء.

2 ـ يتخير القضاء الجزاء الأكثر ملاءمة لظروف الحال بغية تحقيق المبادىء العامة للقانون الجماهيري.

وقد استُحدث هذا النص حرصا على توفير مرونة كبيرة للقضاء، ليتخير الحل العادل والملائم لكل حالة، وهو أمر يتجاوز بعيدا الدور التقليدي للقاضي في المنازعة المدنية.

وسوف نلاحظ عند دراسة المصادر المختلفة للالتزام، أن عددا من هذه المفاهيم قد تسلل إلى التطبيقات الوضعية للالتزام حتى في إطار الأنظمة القانونية التقليدية. وقد تبدى ذلك بوجه خاص بالنسبة لنظرية العقد، حيث أخذ مبدأ سلطان الإرادة في الأفول بعد أن كان هذا المبدأ الركيزة الأساسية للعقد.

وتبقى كلمة أخيرة تتعلق بمصادر الالتزام وفقا لمشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد. فبتاريخ 1965/3/21م اصدر مجلس جامعة الدول العربية القرار رقم 2100 بالموافقة على تشكيل لجنة من الخبراء القانونيين في مختلف البلدان العربية للنظر في توحيد التشريعات العربية، على أن تبدأ اللجنة المذكورة بدراسة توحيد القانون المدني باعتباره القانون الاساسي في المعاملات. وبتاريخ 1973/9/15م، صدر القرار رقم 2094 بالموافقة على تشكيل لجنة من الخبراء القانونيين في الفقه والتشريع والقضاء يناط بها وضع مشروع قانوني مدني موحد للدول العربية الأعضاء في عام 1974م. وباشرت اللجنة أعمالها باعتبار القانون المدني المصري هو الأرضية المشتركة التي تنطلق منها، ثم غيرت اتجاهها واتخذت القانون الأردني نقطة للانطلاق على أن يتم تأصيل مواده من الشريعة الإسلامية. وفي هذا الإطار، سُمي المشروع بقانون المعاملات المالية العربي الموحد ليكون متمشيا مع المصطلح المتعارف عليه في فقه الشريعة الإسلامية، وذلك بعد أن تقرر الأخذ في تأصيل المشروع بما جاء في ذلك الفقه. وقد أعد بالفعل مشروع قانون هو قيد البحث بمعرفة مجلس وزراء العدل العرب.[73]

يلاحظ على مشروع القانون العربي الموحد، أنه التزم في شأن تعداد مصادر الالتزام ذات المنهاج الذي تبناه القانون المدني المصري ونظيره الليبي وتناول واضعوه في الباب الأول الخاص بمصادر الالتزام، وفي خمسة فصول متوالية تلك المصادر على الوجه التالي: العقد (المواد 146 ـ 260) فالإرادة المنفردة (المواد 261 ـ 263) فالفعل الضار (المواد 264 ـ 290) فالفعل النافع أو الإثراء بلا سبب (المواد 291 ـ 297) واخيرا القانون (م 298).

على هذا النحو، نعود ثانية إلى تقسيم مصادر الالتزام إلى نوعين: المصادر الإرادية؛ وتشمل التصرفات القانونية بنوعيها: الصادرة من جانبين وهذا هو العقد، والصادرة من جانب واحد أي الإرادة المنفردة. ثم نصادف المصادر غير الإرادية، وهي حسبما عددها القانون المدني: الفعل الضار، والإثراء بلا سبب، والقانون.

* * *

---

(73) راجع: وثائق الدورة السابقة لمجلس وزراء العدل العرب ـ مذكرة الاخ/ محمد ميكو الأمين العام للمجلس، الرباط من 5/29 إلى 1989/6/1م.

الفصل الأول

مبدأ سلطان الإرادة بين الانتعاض والانتكاس(1)
(دعه يعمل، دعه يمر، دعه يتعاقد)

المصدر الإرادي للالتزام أو التصرف القانوني، هو إصدار للارادة الإنسانية يفرز آثارا قانونية. وهو عكس حرية الإنسان، تلك الحرية التي يتم التصرف فيها من خلال استعمالها ذاته، حيث تتقيد الحرية بما تم التعهد به. وتفرز هذه التعهدات العلاقة الثنائية «حق الدائنية، الالتزام» التي يكون من شأنها انتقال الأموال.(2)

وقد تمت صياغة وبلورة «نظرية سلطان الإرادة» لتفسير القوة الإلزامية للعقد وتبريرها. وقيل، إن الانسان «الحر» في ماهيته لا يُلزَم إلا بموجب إرادته الذاتية. وينشأ عن ذلك، أن الإرادة هي التي تنشىء العقد وتحدد مضمونه وآثاره. وهذه الآثار القانونية لا توجد إلا لأن الإرادة ارتضتها وبالكيفية التي ارتضتها بها. يضاف إلى ذلك، إن الإنسان ـ إذ لا يستطيع أن يعمل ضد مصالحه ـ فإن الالتزامات التي يكون قد ارتضاها لا يمكن إلا أن تكون عادلة. ورُئي أن المهمة

---

(1) راجع: د/ عبد الرزاق السنهوري ـ نظرية العقد، المرجع السابق. ص85 ومابعدها.
د/ عبد السلام علي المزوغي ـ نظرية الحق، المرجع السابق، ص 133 وما بعدها.

(2) راجع: سافاتييه ـ نظرية الالتزامات في القانون الخاص الاقتصادي، المرجع السابق، ص 137.

الوحيدة للقانون هي كفالة المساواة في الحريات القائمة، فكل عقد حر هو عقد عادل أيا كان مضمونه.[3]

وخلال هذا الفصل سوف نتابع نشأة «مبدأ سلطان الإرادة» ذلك المبدأ الذي ارتفع إلى مرتبة الأسطورة خلال القرن التاسع عشر. ثم نمضي معه في مساره حيث تردد بين «الانتعاش والانتكاس» وفقا لتعبير الأستاذ/ السنهوري، على أن ذلك يقتضينا أن نحدد في البدء أصل هذا المصطلح.

تحديد المقصود بسلطان الإرادة:[4]

يعبر عن سلطان الارادة بالفرنسية بمصطلح Autonomie de la volonté. فاصطلاح Autonomie يقصد به في اللغة الدارجة الاستقلال. أما في المفهوم القانوني فهو يعني أن الشخص هو الذي يلزم نفسه بنفسه وبمحض إرادته. ويشير الفقه إلى أن هذا الاصطلاح الفرنسي يرجع إلى الاصل الإغريقي Avronomia وكان يطلق على بعض المدن التي تركها الرومان تخضع لقوانينها الخاصة. أما «سلطان الإرادة» فهو عبارة عن مبدأ ترسم الإرادة العاقلة بذاتها تبعا له حدودها التي تعمل فيها، ويكون المقصود به أمرين:

1) الإرادة تكفي وحدها لإنشاء العقد أو التصرف القانوني بوجه عام.

2) الإرادة سيدة في تحديد آثار التصرف الذي تجريه، وإن كان ذلك في الحدود التي لا تمس الغير بطبيعة الحال.[5]

---

(3) راجع: Gounot (E): Le principe de d'automonie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de d'indivialisme, thèse, driot, Dijon 1912, P 76.

(4) راجع: د/ عادل مصطفى بسيوني - مبدأ سلطان الإرادة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الغربية، ورد في مؤلف «التشريع الإسلامي والنظم القانونية الوضعية» المجلد الأول، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1978م، ص 133 وما بعدها.

(5) راجع: د/ سليمان مرقس - الوافي، المرجع السابق، ص 62.
د/ عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد، ص 42.

المبحث الأول

نشأة مبدأ سلطان الإرادة

القانون الروماني ومبدأ سلطان الإرادة:

من المسائل التي أثارت خلافا فقهيا محتدما مسألة موقف القانون الروماني من مبدأ سلطان الإرادة، بالنظر لما اتسم به هذا القانون من مغالاة في الشكلية. وقيل، في روما كانت الإرادة في الأصل عاجزة وحدها عن إحداث اي أثر قانوني، فكانت العقود من صنع القانون الموضوعي ذاته، إذ كانت في حاجة إلى الرداء الرسمي الذي يدثرها به الشكل حتى يعتدّ بها، بل قيل إن الشكل مصدر للالتزام.(6)

ويرى الأستاذ/ السنهوري أن القانون الروماني لم يقرر في أي عصر من عصوره مبدأ سلطان الإرادة في العقود بوجه عام، بل ظلت الأشكال ـ بعد أن تهذبت ـ هي التي تخلق العقد بقدر، اختلف قوة وضعفا بحسب تطور القانون واتساع نطاق التبادل والمعاملات. وبقي العقد اللفظي إلى آخر عهود القانون الروماني، هو القالب الذي يصبون فيه ما تبدو لهم حاجة إليه من الاتفاقات غير المعروفة حتى تصبح ملزمة.(7)

---

(6) راجــع: Abdalla (Fathi Abdelrahim): Aspects nouvaux du formalisme dans les contrats civils, thèse, droit, Paris, Publication de l'Univirsité du Caire a Khartoum, 1974, P 25.

(7) راجع: د/ عبد الرزاق السنهوري ـ نظرية العقد، ص 91 و 92.
د/فتحي عبد الرحيم عبد الله، المرجع السابق، ص 136.

بيد ان الفقه لا يجمع على على هذا الراي، وإنما يُجري التمييز في يهذا الصدد بين اتجاهات فقهية ثلاثة بيانها كالآتي:[8]

1) **الاتجاه الأول**: القانون الروماني لا يأخذ بمبدأ سلطان الإرادة.

أساس هذا النظر أن القانون الروماني قد تجاهل مبدأ الرضائية، وظل التصرف القانوني قاصرا عن إنتاج أثره ما لم يستوف شكلا معينا. إذ صح أن الشكلية قد خفت حدتها في أواخر عصور القانون الروماني، إلا أن قسط الرضائية في العقود ظل محدودا.

2) **الاتجاه الثاني**: القانون الروماني في مرحلته المتطورة يسلم بمبدأ سلطان الإرادة:

يستخلص أنصار هذا الاتجاه من التطور الذي مر به المجتمع الروماني وما أفرزه من طائفة جديدة من الاتفاقات برز فيها دور الإرادة بصورة واضحة، في حين انزوى العامل الشكلي بحيث قالوا، إن القانون الروماني قد منح للارادة سلطانا كبيرا في مجال إنشاء التصرف القانوني أو تحديد شروطه وأثاره. ويشار في هذا الصدد إلى قانون الألواح الاثني عشر الذي أباح التصالح غير الشكلي، والذي يترتب عليه سقوط حق المجني عليه في الانتقام من الجاني.

3) **الاتجاه الثالث**: هو اتجاه وسط بين الرايين السابقين.

وقوام هذا الاتجاه، أن الشكلية ظلت في الأصل العام. ومع ذلك، لعبت الإرادة دورا محدودا تمثلت في بعض الاستثناءات من الشكلية ظهرت منذ القرن السادس لروما تحت تأثير الـ (بريتور) والعرف، فقرر المشرع حماية العقود الرضائية بواسطة دعوى، وكذلك عقود الأمانة، والالتزام بالرد في الوديعة والرهن والعقود غير المسماة.

بيد أن الراي السائد فقها يستخلص من متابعة القانون الروماني قوله: «إن قاعدة أن العهد كان مسؤولا، قررت مبدأ عام التطبيق، هو سلطان الإرادة بجانب الشكلية. وإن سلطان الإرادة لم يكن استثناء من الشكلية السائدة في القانون

---

(8) راجع: د/ عادل مصطفى بسيوني، المرجع السابق، ص 181 وما بعدها (و) المراجع العديدة التي يشير إليها في الهوامش.

الروماني، بل كان مبدأ عاما سار مـع الشكلية جنبـا إلى جنب كفرسي رهـان حتى تغلب عليها في آخر عصور القانون الروماني».[9]

يستند بهذا النظر إلى ان القانون الرومان في عصر الامبراطورية السفلى قد عرف كل تطبيقات سلطان الإرادة بل أكثر من ذلك، صاغ الـ (بـريتور) تحت ضغط ظروف المجتمع هذا المبدأ في صورة قاعدة عامة في منشوره، وان كان المشرع لم يذهب إلى محاكاة الـ (بريتور) وسنّ مثل هذه القاعدة العامـة، واكتفى بالنص على تطبيقاتها. هكذا تسلل مبدأ سلطان الإرادة إلى الأنظمة القانونية الوضعية.

الفقه الإسلامي ومبدأ سلطان الإرادة:

يبرز الفقه[10] تـأثير التعـاليم الدينيـة بوجـه عام في وجـوب احترام العقـود والوفاء بـالعهود، ويـرى في ذلك تبـريرا لظـاهرة غـريبة في الشـريعة الإسـلامية تتحصل في كون العقود صارت فيها رضائيـة من أول الأمر، بعـد ان كانت العقـود عند العرب في الجاهلية شكلية، ثم انقلبت رضائية بتأثير الدين الـذي أمر بـالوفـاء بالعهد.

فقد عرف العرب في الجاهلية بيوعـا طغت عليها الشكليـة: كبيع المـلامسة، والمنابذة، وإلقاء الحجر. حيث جرى العرف على انه إذا المشتري لمس المبيع، أو ألقى عليه حجرا أو نبذه إليه البائع فقد التزم به.[11]

على ذلك، الأصل أن لا شكلية في التشريع الإسلامي. فالعقد ينعقـد، وتنشأ الالتزامات دونما حاجة إلى طقوس خاصة من حركات أو إرشادات أو مراسيم.[12]

ويسوق الفقه الآيـات القرآنيـة الدالـة على وجوب الـوفاء بـالعهود: «واوفـوا بعهدي أوفِ بعهدكم...» (البقرة ـ 40) وقولـه تعالى: «يـا أيها الـذين آمنوا أوفـوا بـالعقود» (المـائدة ـ 1) وقـوله تعـالى: «واوفوا بـالعهد، إن العهـد كـان مسؤولا»

(9) راجع: د/ صوفي ابو طالب ـ ابحاث في مبدأ سلطان الإرادة، 1964م، ص 154.
د/ عادل بسيوني، المرجع السابق، ص 204.

(10) راجع: د/ عبد الرزاق السنهوري ـ نظرية العقد، ص 94، هـ 1.

(11) راجع: د/ بدران أبو العينين بدران ـ الشـريعة الإسـلامية ـ تـاريخها، ونظـرية الملكيـة والعقود، الإسكندرية، ص 362.

(12) راجع: د/ شفيق شحاتة ـ النظرية العامة للالتـزامات في الشـريعة الإسـلامية، المـرجع السـابق، ص 130.

(الإسراء ـ 33) وما ورد عن الرسول الكريم قوله: «لا أمان لمن لا أمانة له، ولا دين لمن لا عهد له».

على هذا النحو، حثت الشريعة الإسلامية على الوفاء بالعهود وبما التزمت به الإرادة.

الإرادة ومدى قدرتها على إبرام العقد وتحديد آثاره:

نقطة البدء في الإجابة على هذا التساؤل تتصل بتحديد مفهوم العقد في الفقه الإسلامي. فالعقد شرعا، يعرف بأنه «ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله». ويقال في بيان ذلك، إن العقود تقررت في الشريعة الإسلامية لسد حاجة معينة، ويكون للأفراد أن ينشئوا من العقود ما تدعو الحاجة إلى إنشائه وإن لم يكن معروفا من قبل متى كانت في ذلك مصلحتهم، ومتى كان لا يتعارض مع أسس الدين وقواعده الكلية.[13] وقد ورد في الكاساني، إن توافق الإرادتين ينتج دائما أثره ما دام هو لا يخالف قاعدة من القواعد الموضوعية. فإذا كان ـ طبقا لهذه القواعد ـ للعقد محل جائز وأطراف ذو صفة وأهلية، فالعقد ينتج أثره، بل قيل إن العقد قد ينتج أثره، ولو أنه يخالف قاعدة من هذه القواعد الموضوعية، إذا كان يستند إلى عرف أو إجماع. فقد يوجد العرف أو الإجماع صورا جديدة للتعاقد تخالف القواعد الموضوعية، من ذلك، عقد الإجارة وعقد الاستصناع. ففي هذين العقدين، محل العقود غير موجود حالا، والمنفعة شيء غير محسوس، وهذا كله جرى بهما. ولذلك، لم تصح هذه العقود إلا بالقدر الضروري الذي دعت إليه الحاجة. وفيما وراء ذلك، يرجع إلى القواعد، وهي تقضي بعدم الصحة. وبناء عليه قالوا، لايصح استئجار الأشجار لتجفيف الثياب عليها، ولا استئجار الثياب لمجرد التفاخر بها. وذلك لأن العرف لم يجر بهذين الشكلين من اشكال عقد الإجارة.[14]

هذا هو الراي السائد في الفقه الإسلامي ويتبناه فقهاء الحنفية والشافعية والمالكية وجمهور الحنبلية. وهو يخالف اتجاها مرجوحا تبناه فقهاء الظاهرة، ويرون أن الأصل في العقود والشروط هو الحظر او المنع. ومن ثم، ليس للأفراد الحرية

---

(13) راجع: د/ عادل بسيوني، المرجع السابق ص 148.
د/ بدران بدران، المرجع السابق، ص 364.

(14) راجع: د/ شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص 126.

في إبرام عقد لم يرد به أثر من الشارع، وكذلك عدم الوفاء بأي شرط إلا إذا قام الدليل على وجوب الوفاء به.[15]

فكرة الجعلية ومبدأ سلطان الإرادة:[16]

الجعلية ثمرة لفكرة فلسفية ترى أن العقد ليس سببا طبيعيا عقليا بحيث ترتبط به آثاره ارتباط المسبب، بل هي رابطة جعلها الشارع بينهما، ثم اعتدنا وجودها دائما حتى اعتقدنا إنها طبيعية يوجبها العقل وطبائع الأشياء. وقد أخذ فقهاء الشافعية بفكرة الجعلية موضحين أن آثار العقد تترتب بجعل من الشارع وليس بارادرة المتعاقدين.

وهي ـ فيما يرى الأستاذ/ علي الخفيف ـ لها معنى واسع ومعنى ضيق:

ـ اما المعنى الواسع، فيقوم على أن الشارع جعل لكل عقد آثار خاصة به تتحقق بها الأغراض الصحيحة التي يقصدها العاقدان من إنشائه. فللبيع مثلا آثار خاصة به، وللاجارة كذلك آثار لازمة لها، وهكذا. وقد حدد الشارع للعقود مع هذا حدودا عامة أو خاصة يجب على الناس مراعاتها عند إنشائهم لها.

ويقوم المعنى الضيق على أن الشارع يرتب الحكم الأصلي للتصرف، وينفذه في الوقت نفسه. ففي عقد البيع مثلا، تنتقل ملكية المبيع بمجرد العقد إلى المشتري، وتنتقل ملكية الثمن إلى الناقل لها وهو الشارع لا العقد. اما الأحكام التابعة كالتزام البائع بتسليم المبيع، فتقيدها منوط بارادة الأفراد لا بارادة الشارع.

ورتب البعض على الأخذ بفكرة الجعلية، تقليص دور الإرادة الفردية في ترتيب الآثار القانونية للعقد وفقا لما يقضي به مبدأ سلطان الإرادة. ويشبه الشاطبي في «الموافقات» هذا الوضع كمن يلقي البذرة في الأرض، فالإنبات ليس من عمله، بل من عمل الرب. ومع ذلك، إن إلقاء البذرة اختياري رضائي من كل

(15) راجع: حول هذا الخلاف الفقهي واسانيده: د/ عادل بسيوني، المرجع السابق، ص 148 وما بعدها.

(16) راجع: د/ على الخفيف ـ احكام المعاملات الشرعية، القاهرة 1944م، ص 241 وما بعدها.
محمد أبو زهرة ـ الملكية ونظرية العقد، القاهرة 1939م، ص
د/ عادل بسيوني، المرجع السابق، ص 163 وما بعدها (و) المراجع العديدة المشار إليها.

الوجوه. والحال كذلك بالنسبة للعقود الشرعية، فهي رضائية واختيارية في تكوينها، وجعلية من عمل الشارع في آثارها مؤداه التهوين من شأن دور الإرادة.

والواقع، إن القول بتعارض فكرة الجعلية ومبدأ سلطان الإرادة بشكل مطلق، أمر يجب اخذه بشيء من التحوط. فقد ذهب البعض بحق[17] إلى أن آثار العقد لا تتوقف على إرادة الشارع أو المتعاقد فحسب، وإنما تكون رهنا باعتبارات سياسية واقتصادية يتحدد في إطارها وجه المصلحة العامة وما تمليه من تدخل الشارع أو قعوده عن ترتيب بعض الآثار على العقود. فلا شك في تعاظم الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة في ظل المذهب الفردي، يقابل ذلك انكماش دور تلك الإرادة في ظل المذهب الاشتراكي. وبالمثل، يتعاظم دور الشارع حيث يتصل الامر بكيان المجتمع وبنيته مثل عقد الزواج، وينكمش ذلك الدور بالنسبة للتصرفات الخالية من مثل هذه الأهمية الاجتماعية.

يخلص الباحثون إلى تأكيد أن الشريعة الإسلامية اعترفت بمكانة بارزة لمبدأ سلطان الإرادة، ويتبدى ذلك من الأمور التالية:[18]

1) اعتد الشارع الإسلامي بالأهلية والولاية كأساس لتوفر الإداراك والتقدير السليم لدى المتعاقد بحيث يمكن أن يقال، إن إرادة الالتزام أو التعاقد كانت واعية مدركة لحقيقة التصرف والآثار المترتبة عليه. وبذلك، يكون المشرع قد ربط بين الأهلية والولاية وسلطان الإرادة وقدرة الفرد على التصرف، التي تندرج من الصبي المميز حتى الشخص البالغ.

2) اعتد الشارع بتأثير الغلط والغبن على رضا العاقد، ورتب جزاء البطلان بشروط معينة في حالة تخلف الرضا أو انطوائه على عيوب.

3) يدل أخذ الشريعة بفكرة «الخيارات» بالمكانة التي تسلم بها للارادة في المجال التعاقدي. ويقصد بالخيار حق إبرام العقد أو فسخه، ويدل على اهتمام الشارع بالإرادة باعتباره أساسا لكمال الرضا والتأكد من سلامته. ومن أهم حالاته خيار الشرط؛ وهي الحالة التي يكون فيها للمتعاقدين حق التروي والبحث والتحري،

---

(17) راجع: د/ وحيد الدين سوار ـ التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، ص 586.
د/ عادل بسيوني، المرجع السابق، ص 173 وما بعدها.

(18) راجع: د/ عادل بسيوني، المرجع السابق، ص 176 (و) المراجع المشار إليها.

او مشاورة النفس تنيجة لنقص الخبرة. فشرع له الخيار لأجل ذلك في مدة معينة من الزمن، حتى يتسنى له تقدير مصلحته. ويوجد كذلك خيار الرؤية، حيث يخول المتعاقد ـ الذي يتعاقد على شيء لم يره اعتمادا على ما صوره له الغير بخصوص هذا الشيء ـ أن يشاور نفسه في المضي بالعقد أو فسخه، وذلك بعد رؤيته للشيء وتحققه من استيفائه لمراده رغم اختلاف الشيء عن الصورة المرتسمة في ذهنه. وبذلك يكون الفقه الإسلامي قد عبر بجلاء عن حرصه على سلامة إرادة المتعاقدين.

اسس مبدأ سلطان الإرادة في التقنينات الحيثة:

نمو المذهب في العصور الوسطى:

إذا انتقلنا إلى صعيد التشريعات الغربية لنتبين مدى أخذها بمبدأ سلطان الإرادة. سوف نلمس أن هذا المبدأ قد تسلل تدريجيا إلى تلك التشريعات بتأثير عوامل متعددة.

فالأنظمة القانونية الغربية بدت في القرون الوسطى متأثرة بالطابع الشكلي الذي ساد الاتفاقات العقدية. غير أنه منذ نهاية القرن الثاني عشر بدأت تلك الشكلية تتناقص وأخذت الإرادة يقوى أثرها في تكوين العقد شيئا فشيئا.

ويحدد الفقه عوامل أربعة لتبرير هذا التطور:(19)

1) تأثير المبادىء الدينية وقانون الكنيسة. فكان المتعاقد إذا اقسم على احترام عقده، ولو لم يفرغه في شكل مخصوص، عد الحنث باليمين خطيئة يعاقب عليها، بل إن مجرد عدم الوفاء بالوعد جريمة دينية.

وكان (اكليمنضس) الإسكندري هو أول من اشار إلى الالتزام الخلقي الدي يأمر بتنفيذ الوعد المعطى. فالإنسان الأمين ليس محتاجا أن يؤيد باليمين وعوده، إنه بالحري يؤيدها بأعماله. ولدى اغسطين يتسع تحريم الكذب ليشمل حالة من يعد وهو غير مصمم على الوفاء. والإخلال بالاتفاق إخلال بالايمان. وابتداء من عام 1180م كان التعليم المستقر فى الكنيسة، أن المبدأ العام هو صحة كل اتفاق

(19) راجع: لمزيد من التفصيل: د/عبد الرزاق السنهوري ـ نظرية العقد، ص 93، وما بعدها.
د/فتحي عبد الرحيم عبد الله، الرسالة السالفة الذكر، ص 62 وما بعدها.
د/ وليم سليمان قلادة، المرجع السابق ـ ص 31 وما بعدها.
د/ عادل بسيوني، المرجع السابق، ص 210 وما بعدها.

بدون أن يشترط لذلك إفراغه في أي شكل. على هذا النحو دخل في نطاق الفكر القانوني اعتبار جديد هو الاساس الخلقي للالتزام القانوني. والنتيجة الحتمية لذلك هي ربط الوعد بارادة الملتزم.[20]

2) إحياء القانون الروماني والبدء في دراسته. وقد تقدم بيان كيف أن القانون الروماني في طوره الأخير كان قد خطا خطوات كبيرة صوب الرضائية والبعد عن الشكلية، وعني الفقهاء بتأكيد مبدأ استقلال الإرادة وسلطانها.

3) عوامل اقتصادية. وقد تمثلت في تنشيط حركة التعامل، مما اقتضى تحرير المعاملات من الأوضاع والأشكال التي تعوق المبادلات التجارية. وكانت المحاكم التجارية الإيطالية في القرن الرابع عشر تحكم طبقا لقواعد العدالة. والعدالة لا تميز بين العقد الشكلي والاتفاق المجرد من الشكل من حيث الالتزام.

4) عوامل سياسية. تمثلت في بسط الدولة تدريجيا، وتدخلها شيئا فشيئا في الروابط القانونية بين الأفراد، والأخذ في حماية العقود التي تتم بمجرد الاتفاق.

بيد أن النمو الحقيقي لمبدأ سلطان الإرادة تبلور في القرن التاسع عشر بتأثير نظريات فلسفية وأخرى اقتصادية كانت ركيزة لمبدأ سلطان الإرادة.

الأسس الفلسفية والاقتصادية لمبدأ سلطان الإرادة في القرن التاسع عشر:[21]

قام مبدأ سلطان الإرادة على تحليل فلسفي فردي للحقوق الذاتية، واكبه مذهب اقتصادي ليبرالي. وذلك على الوجه التالي:

اولا ـــ الأساس الفلسفي لمبدأ سلطان الإرادة:

يعد الفيلسوف الألماني (كانت Kant) أول من استعمل مصطلح سلطان

---

(20) راجع: Prevost: le rôle de la volonté dans la formation de l'obligation civile. thèse. droit. Paris 1939. P 30.

(21) راجع: جستان ـ نظرية العقد، المرجع السابق ص 18 وما بعدها.
فلور (و) أوبير: المرجع السابق، ص 75.
د/ مجدي خليل ـ التوجيه الاقتصادي، ص 197.
د/وليم قلادة، المرجع السابق، ص 45 وما بعدها.

الإرادة. سطر في مؤلفه «نقد العقل العملي» [22] أن سلطان الإرادة هو المبدأ الوحيد لكل القوانين الاخلاقية ولكل الواجبات التي تمليها هذه القوانين. ورأى أنه صفة تلحق الإرادة، ومؤداه أن الإرادة لا يمكن أن تتحدد إلا بذاتها، وبمعنى آخر بالقانون العالمي الأخلاقي، بعيدا عن اي باعث آخر ملموس.

ويشير الفقه إلى أن (كانت) كان واحدا من ابرز مفكري النظرية التقليدية لسلطان الإرادة. ولقد ساهم أكثر من اي مفكر آخر في تأكيد تلك الفكرة التي تقول، إن الأمر الذي لا تكون الإرادة الإنسانية نفسها مصدرا له يفقد اعتباره، بل إن المدرسة الفرنسية اعتبرت (كانت) هو فيلسوف الفردية الأول.

كان اهتمام (كانت) موجها في النطاق الأخلاقي، لتخليص القانون «الأخلاقي» من كل نفوذ. فالكائن الأخلاقي لديه لا يكون إلا بالتصور الذاتي للقانون نفسه بكل ما فيه من شدة ومن سلطان، ثم يجعل هذا التصور المبدأ الدافع للارادة. ويوضح هذا الفيلسوف الألماني، أن ليس من باعث على طاعة القانون الأخلاقي إلا القانون نفسه. ويصل (كانت) إلى هذه الفلسفة الأخلاقية بتفرقة يجريها بين شكل القانون ومادته. فإن كان من الضروري أن يتصور كائن عاقل مبادئه كقوانين عملية، فإنه لا يستطيع تصورها إلا كمبادىء تدفع الإرادة، ليس بالنظر إلى مادتها ولكن فقط بالنسبة لشكلها. أما مادة المبدأ العملي فهي موضوع الإرادة. قد يكون هذا الموضوع هو المبدأ الدافع للارادة، وقد لا يكون. ففي الحالة الأولى، تخضع القاعدة الإرادية لشرط حسي. أما إذا رفع من قانون ما كل مادة بتجريده من كل موضوع للارادة، فلا يبقي حينئذ سوى الشكل البسيط للقانون الشامل.

أما ربط الإرادة بموضوعها فإنه يتنافى مع معيار المعرفة العلمية «الحتمية والعموم» لأن الموضوع نستمده من التجربة، فهو معرفة تالية. كما أن «كل مادة للقواعد العملية تستند دائما إلى الظروف الذاتية، ولا تمنحها هذه الظروف إلا تعميما محددا على الكائنات العاقلة» إلا إنه مما لا شك فيه أن كل إرداة يجب أن يكون لها موضوع، أي مادة. ولكن هذا ليس هو المبدأ الدافع للارادة، لأنه لو كان

---

(22) راجع: د/ عادل بسيوني، المرجع السابق، ص 134 وما بعدها.
د/ وليم قلادة، المرجع السابق ص 98 وما بعدها.
جونو: مبدأ سلطان الإرادة في القانون الخاص، المرجع السابق، ص 33.
Kant (Emmanuel): Critique de la Raison pratique, trad. Barni, Paris 1949, P 33.

كذلك فإن «القانون الاخلاقي» لا يمكن أن يكون له شكل أمر عام وذلك بسبب طبيعته الذاتية.

وانعقد لهذه الفلسفة تأثير حاسم في الفكر القانوني الألماني فيما يتصل بنظرية التصرف القانوني. وفي شأن القوة الملزمة للرضا، قيل إن الإرادة تستمد قوتها من ذاتها، ولا يؤثر تخلف الغرض ـ وهو مادة الإرادة ـ في هذه القوة، لأن قانون الواجب ـ وهو الدافع الحقيقي للارادة الخالصة ـ يبقى سليما نافذا يأمر بالتنفيذ.

ونفاذا لما تقدم يقال، إنه إذا لم ينفذ المتعاقد الآخر ما تعهد به، فمع ذلك يبقى العقدِ قائما لأنه يستمد قوته الملزمة من رضا الطرفين، وهو ما يستبقي هذه القوة طالما أن احكامه يمكن تنفيذها. فإذا لم ينفذ أحد الطرفين. فإن منطق «الواجب» يقضي بأن يجبر هذا الناكل على التنفيذ، لا بأن يستمد من تخلي الأول عن واجبه حجة كي يخالف هو ايضا ما يقضي به العقد. فالفكرة الرئيسية في التنظيم الألماني هي الرضا، فلديه أن تخلف الغرض لا يؤدي إلا إلى تأكيد قوة الإرادة باجبار كل متعاقد على احترامها. وهذا هو اقوى تحقيق قانوني وضعي ممكن لفكرة الواجب الأخلاقية، وهي وثيقة الصلة بالحرية الطبيعية للإنسان.[23]

صفوة القول، يقوم استقلال الإرادة على مفترض الحرية الطبيعية للانسان. وتكون القاعدة القانونية وثيقة الصلة بفلسفة القرن الثامن عشر وما نادت به من تأكيد للحقوق الفردية في مواجهة الدولة. فعلى المجتمع أن يعترف للانسان بأوسع الحقوق، وعليه أن يكرس الحرية التي يستمدها من الطبيعة.

حقيقة، تطلع الفقه الكنسي السابق إلى الإنسان بوصفه كائنا حرا، ونادى باحترام المجتمع للحقوق الجوهرية للانسان، إلا انه لم ينظر إلى الحرية بوصفها «مطلقا Absolu» وإنما جعلها تابعة لبعض الغايات العليا ولبعض متطلبات الصالح المشترك. وعلى العكس، جاءت فلسفة القرن الثامن عشر، وأضفت طابعا إلهيا على الحرية بحيث لا يعلوها أمر آخر. وكان سلطان الإرادة هو أحد مظاهر هذه النظرة العامة، ذلك أن الحرية حين يُنظر إليها كمبدأ أسمى ترتب نتيجتين:

---

(23) راجع: كانت، المرجع ذاته، ص 34.
د/ مجدي خليل، المرجع السابق ص 197 و 198.

1) يجب الا يخضع الفرد إلا للالتزامات التي يرتضيها. فوفقا لرأي (كانت) لا يسوغ ان يخضع الفرد لقوانين أخرى خلاف تلك التي يسنها لنفسه، وكل التزام لا يكون الشخص ذاته هو مصدره يعد مخالفا لكرامة الفرد.

2) في المقابل، تكون كافة الالتزامات التي يقبلها الفرد ملزمة له. فالتسليم بكون الإنسان حرا، يعني التسليم بأن يقيد حريته بنفسه وبالأخص بما يبرمه من عقود. فلا توجد حرية حقيقية لا تنطوي على سلطة تقييد ذاتي. وإذا كان الإنسان يحوز «وحده» سلطة تقييد ذاته، فإنه بالأقل يحوزها «دائما».

سلطان الإرادة ومفترض العقد الاجتماعي ـ نظرية (روسّو Rousseau):

إن نظرية «العقد الاجتماعي» ليست سوى مظهرا آخر للأفكار السابقة ذاتها. فالبعض يراها واقعا تاريخيا، في حين أن البعض الآخر يعتبرها تبريرا عقلانيا للضغوط التي تفرضها الحياة في المجتمع.

ويشير الفقه[24] إلى اهمية نظرية العقد الاجتماعي، وبالأخص كما صاغها (روسو) من أجل فهم فقه نظرية الإرادة كما بدت في التقنين الفرنسي وانعكست في التقنينات التي تأثرت به.

الفكرة الأساسية عند (روسو) كما سطرها في العقد الاجتماعي ـ الكتاب الاول ـ الفصل السادس، هي أنه في حالة الطبيعة ليس للإنسان صلة إلا بالأشياء، وهو يتكيف طبقا للثبات وللسكون اللذين يميزان هذه الأشياء، ومن هنا حريته المطلقة وحقوقه الطبيعية.

ولما كان الإنسان يعيش في الجماعة وكانت الحالة الاجتماعية ضرورية ومن حيث أن هذه الحالة ليست طبيعية، فلابد من البحث عن شكل للجماعة تنضاف فيه وتتحد المنافع المؤكدة للحالة الاجتماعية إلى تلك الحالة الطبيعية.. هذه هي المشكلة التي يواجهها «العقد الاجتماعي» أو مبادىء القانون السياسي.

ورأى (روسو) أن الجماعات خرجت من حالتها البدائية عن طريق النقاش الحر، الذي يؤدي إلى الاتفاق فإلى المعاهدة. فالعقد إذن، هو أساس الجماعة. على أن هذه الفكرة ليست هي المميز الرئيسي للعقد الاجتماعي، المميز الذي يحدث ذلك التأثير في كل مبادىء القانون. والحقيقة، إن (روسو) يريد أن يحتفظ

---

(24) راجع: د/ وليم قلادة، المرجع السابق، ص 46 وما بعدها.

في الجماعة بـالعلاقـة بين إنسان الطبيعـة والأشياء، أي يقيم جمـاعة تنتفي فيهـا الروابط المباشرة بين الفرد والفـرد، بكل مـا فيها من عـواطف وما ينشـأ عنها من منازعات. وهو يصل إلى هذا التنظيم بأن يستبـدل القانـون بالإنسـان، فإذا كـان يمكن أن يكون للقوانين الاجتماعية ماللقوانين من ثبات، لا يمكن لأية قـوة إنسانيـة أن تقهره أو تعدله، فإن الروابط بين البشر تصبح كما لو كانت صلات بالأشياء، لأن الفـرد لن يتصل بـالآخر إلا عن طـريق القانـون، وهو ذلـك الشيء الثابت الـذي لا يتحول ولا يتغير.

والقانون ليس إلا ثمرة الاتفاق بين الأفراد الذين يتمتع كل واحد منهم بحرية ومساواة مطلقتين، لأنه لا يمكن إجبار ذلك الفرد على أن ننزع منه بعض امتيازاتـه إلا إذا قبل هو ذلـك. حينئذ تصبـح «الإرادة العامـة» لمجموع الأفـراد هي مصدر السلطة في الجماعة. وإذ تتوافق إرادات الأفراد، يصبح للارادة الجديدة قوة وثبات نهائيان مثلما يكون في قوانين الأشياء من ثبات وسكون وجمود. هذه الإرادة العامة ليست إرادة إنسانية، بل هي إرادة منفصلة عن أشخـاصها، سـاكنة لا تضطـرب، جامدة لا يمكن تعـديلها، وهي تحكم كـل شيء مقدمـا بحيث أن جميع الاحتمـالات وجميع نتائج التصرفـات تدخـل تحت سلطانهـا. فليس من مجال مطلقـا لأن يحدث فيها أي تعديل، إذ هي تمثل الحق والعدل في صورتهما الكاملة النهائية.

ولقد عمم أساس هذا المذهب ونتيجتـه كي يشملا كـل البناء الفني للمـذهب الفردي في القانون الخاص. فاعتبار الإنسان محورا للتنظيم القـانوني، يتفق تمـاما مع الطبيعة الشخصية للالتزام في القانون الخاص من ناحية، ومن ناحية أخرى مع الاعتبـارات الخلقية التي تسـود القـانـون الكنسي التي لا تتمثـل إلا في الضميـر الفردي.

إن تعميم الصفة الشخصية لم يقتصر على فكرة الالتزام وحدهـا، بل شملت هذه الصفة نظرية أخرى أكثر اتساعا... تلك هي نظريـة «الذمـة». إن فكرة الـذمة تستخلص مباشرة من فكرة الشخصية، ومن حيث أن الـذمة تصـدر عن الشخصية وتعبر عن السلطان القانوني الذي للشخص باعتباره كذلـك، فإنـه ينتج من ذلـك أن الأشخاص وحدهم هم الـذين يمكن أن تكون لهم ذمـة. على أن هذه الـذمة ـ وهي مجمـوعة أمـوال وتستمد أسـاسهـا من الشخص ـ تختلف مـع ذلـك عن الشخص نفسه. ويمكن أن نتصور وجود صلة بين الشخص والـذمة، وهـذه الصلة هي تلـك التي تنشأ بين الشخص وكل شيء يملكه، إنها حق ملكيته.

هذا الحق أو السلطة القانونية تمارس عن طـريق الإرادة التي تستخلص هي الأخـرى من الشخصية. فـإرادة الشخص ـ كما قـال ديمور لـومب ـ هي الشخص نفسه. فمن طريق الإرادة يسود الشخص على ذمته، ولا يمكن لأي تغيير أن يحدث فيها إلا بموافقة إرادته. وبالذات، لا يمكن لالتزام أن يزيد على هذه الذمة أو ينقص منهـا إلا بمـوافقـة تلـك الإرادة. ومن هنـا ضـرورة الإرادتين، لأن الالتـزام يـربط شخصين. فإذا لم يكن لدينا إلا إرادة واحدة، فليس لهذه الإرادة من سلطان نهائي على اية ذمة. فهي وحدها لا تستطيع أن تضيف إلى ذمة صـاحبها حقـا من الغير، لأن هذا الحق مرتبط بـذمة أخـرى وعنصر فيهـا، فلابـد من موافقـة صاحب هـذه الأخيرة. ومن ناحية أخرى، إن الشخص وحده هو الذي له السلطان أن يعدم إرادة صدرت سابقا عنه موضوعها انشاء التـزام لم يقبله شخص آخـر، لأن هذه الإرادة السابقة ـ حتى هذا الحين ـ تحت سلطانه الكامل الذي لا ينقضي إلا بوجود إرادة اخرى موافقة من شخص آخر يصبـح بها ذلـك الالتزام عنصـرا في ذمته. وبـذلك نصل إلى مميز نظرية العقد الاجتماعي، ضرورة الإرادتين.

صفوة القول، أكد فلاسفة القرن الثـامن عشر حقـوق الأفراد ليس فقط ضـد الدولة، وإنما ضد كل جماعة يمكن أن تنال من هذه الحرية الفردية.

فطبقـا للفلسفة الفـردية، يـولد الأفـراد أحرارا ومتسـاوين. وهـذه الحـريـة والمساواة هما من جوهر الإنسان، وينظر إليهـا بكيفية مجـردة استقلالا عن صـور عدم المساواة والإكـراه الذي يمكن أن يمس الأفـراد بصورة ملمـوسة. والمجتمـع يجب أن يتكون من أفراد تنشأ بينهم علاقات اجتماعيـة مبنية على أسـاس إرادي، أي تعاقدي. وقيل، إن هذا الأساس التعاقدي يكفل العدالة في المجتمع. ذلك انه ـ كما سطر كانت ـ إذا قرر شخص شيئا ما يتعلق بالغير، فهنالك احتمال أن يلحق به بعض الظلم، ولكن يستحيل الظلم فيما يقرره هو لنفسه. ومن هنا، كان القول المأثور «من قال تعاقديا قال عادلا»[25] و «الثمن العادل هو ما يقرره الأطراف».

هذه المبادىء ذاتها كان لها نظيرها على الصعيد الاقتصادي.

ثانيا ـ الأساس الاقتصادي لمبدأ سلطان الإرادة:

سادت في هذه الحقبة نظريات اقتصادية مشبعة بالروح الفردية، وهذه تشيد بوجود قانون طبيعي مبني على حرية الفرد، ووجوب استقـلال إرادته، وتسييـر هذه

(25) راجع: جستان ـ نظرية العقد، ص 18.

الإرادة لكل ما في الحياة من نظم اقتصادية واجتماعية. ونادى الفيزيوقراطيون بالحرية الاقتصادية قانونا طبيعيا، وذهبوا إلى انه لو تركت الناس احرارا في نشاطهم الاقتصادي وفتحت أبواب المنافسة بينهم، فلا تلبث الأمور أن تستقر، وتتحدد الأسعار عن طريق المنافسة والعرض والطلب، لا عن طريق تحكمي يمليه المشرع. ومعنى هذا، إن الإرادة وحدها هي التي يجب أن تسيطر في الميدان الاقتصادي، وإن العقود لا تخضع في تكوينها وفي الآثار التي تترتب عليها إلا لإرادة المتعاقدين[26].

هذا، وقد لوحظ [27] أنه في المجتمعات ذات المستوى الحضاري البسيط، يكون العقد ـ بوصفه أداة للروابط الاقتصادية ـ ظاهرة نادرة نسبيا. وتشغل التبادلات التجارية مكانة محدودة بالنظر لسريان نظام الإشباع الذاتي شبه الكامل لكل أسرة. في هذه الظروف، لم تكن الروابط القانونية ترتكز البتة على حرية الإرادة، وإنما كانت محكومة بالأعراف والتقاليد التي كانت تفرض اشكالا جامدة لنشأة التصرف القانوني.

واتسم القرن الثامن عشر وما أعقبته في القرن التالي من ثورة صناعية أولى، بتعدد الروابط الاقتصادية، وتشابك الروابط القانونية، وقيام تقسيم للعمل في كل فرع من النشاط البشري ومع الإنتاج الصناعي المكثف.

ولتحقيق التوازم مع المقتضيات الجديدة للعلاقات الاقتصادية والروابط القانونية والمتعددة والمتنوعة، رئي أن «العقد الحر» هو الوسيلة المثلى لتحقيق هذه الصفقات التي يتعين أن تكون مرنة وسريعة. هكذا، بدأ مجال العقد يتسع.

ويوضح (جونو) كيف ان العلم الاقتصادي الجديد للقرن الثامن عشر أخذ يعطي أهمية للدور المتصاعد للمبادلات وهيمنة «العقد» على الحياة الاقتصادية الحديثة[28]. ونادى الاقتصاديون بوجوب أن تترك العلاقات بين الأفراد للاتفاقات الحرة، وأخذوا يلقنون أن حرية التبادل والتعاقد والعمل والمنافسة هي الحقيقة الأولية لكل نظام اجتماعي.

---

(26) راجع: د/ عبد الرزاق السنهوري ـ نظرية العقد، ص 96 و 97.

(27) راجع: د/ فتحي عبد الرحيم عبد الله، المرجع السابق، ص 141 وما بعدها.

(28) راجع: جونو، الرسالة السابقة، ص 40.

فالفكرة الجوهرية لليبرالية الاقتصادية تدور حول السماح للافراد بأن ينظموا ـ وفقا لمشيئتهم ـ تبادل الثروات والخدمات، والسماح لهم بالتعاقد على النحو الذي يرغبون فيه باعتبار أن ذلك هو افضل وسيلة لإقامة «روابط تكون الأكثر عدالة والأكثر فائدة اجتماعيا».

يرى أنصار هذا النظر، ان المدين الذي يتعاقد، يكون قد اقدم على التعاقد لصون مصالحه، إذ أنه لا يوجد شخص يرضى بتعاقد يلحق به ضررا. والعدالة التعاقدية التي كان يعبر عنها بالسعي إلى الثمن العادل، لا يمكن أن تتحدد خارجيا وبطريقة موضوعية. ذلك ان الاتفاقات ذاتها ـ من خلال حرية العرض والطلب ـ هي التي تخلق «الأمر العادل Le juste».

فالعدالة التعاقدية حدث طبيعي تحدده المنافسة الحرة، وليس مطلبا مثاليا يتعين على الأحداث الإذعان له. من هنا، يكوُن محظورا كل تدخل في حرية العقود بذريعة تصحيح مظالم مزعومة باسم تحقيق عدالة خيالية[29]. وقد رأى أنصار هذا النظر، ان الحرية التعاقدية والتسليم بسلطان الإرادة، يحقق الصالح العام إلى جانب إشباعه مصالح الأفراد. ذلك أن الممارسة الحرة للمبادرات الفردية تكفل تلقائيا الازدهار والتوازن الاقتصادي. فقانون العرض والطلب ـ يفترض بذاته المنافسة اي الحرية ـ يكفل ليس فقط توافق الثمن مع القيمة، بل وكذلك توافق الإنتاج مع الحاجات عملا بقوانين الانسجام الطبيعي التي صاغها (باستيا).

من هنا، ينظر إلى الصالح العام على أنه جملة صوالح خاصة. ويقال، إن السعي وراء المزايا الشخصية يسفر عن خدمة الأفراد للمجتمع ولو بطريقة لا شعورية.

في إطار هذا المناخ الفلسفي الاقتصادي، صدر التقنين المدني الفرنسي متبينا مبدأ سلطان الإرادة، وكان من المسلمات أن على القانون أن يحترم الحرية الطبيعية للانسان، وأن الليبرالية هي افضل الأنظمة الاقتصادية.

انعكاس مبدأ سلطان الإرادة في التقنين المدني:

أوجز الفقيه الفرنسي (ديموج) النتائج القانونية المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة في الآتي:[30]

---

(29) راجع: جستان ـ نظرية العقد. ص 20.

فلور (و) أوبير. المرجع السابق، ص 76.

(30) راجع: د/ عبد الرزاق السنهوري ـ نظرية العقد، ص 101.

1) التعاقد، ونوعه حر في حدود النظام العام.
2) أثر الالتزام هو إرادة المتعاقدين.
3) العبرة بالإرادة الباطنة لا بالإرادة الظاهرة.
4) يفسر القاضي العقد طبقا لنية المتعاقدين الصريحة أو الضمنية.
5) لا يجوز تعديل الالتزام إلا بارادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية.
6) لا ينقضي الالتزام إلا بارادة المتعاقدين.

خلاصة هذه النتائج، هي التأكيد على أن كل التزام يجب أن يبنى على الإرادة. ولا يكون مشروعا إلا إذا استوفى هذا الشرط، وأي التزام لم يقم على رضا يكون استبداديا بالنسبة للشخص الذي يكون مقيدا به. فالقول بسلطان الإرادة لا يفيد فقط حريتها في أن تنشيء ما تشاء من حقوق والتزامات، وإنما يعني كذلك انه حيث لم تنشيء الإرادة التزامات، فإنه لا قيام لثمة التزامات.[31]

والنتائج التي تقدم بيانها بالنسبة لنظرية العقد، استخلص منها الفقه في القرن التاسع عشر ثلاثة مبادىء أساسية تحكم مفهوم العقد والتصرف القانوني في الأنظمة القانونية التقليدية تتحصل في:

(أ) مبدأ الحرية العقدية (ب) مبدأ القوة الإلزامية للعقد (جـ) مبدأ الأثر النسبي للعقد.[32]

المبادىء المستفادة من سلطان الإرادة:

سادت هذه المبادىء في التقنينات المدنية التقليدية، وذلك على الوجه التالي:

المبدأ الأول ـ الحرية العقدية:[33]

تتبدى الحرية العقدية، سواء بالنسبة لشكل العقد أم بالنسبة لمضمونه.

فبالنسبة لشكل العقد، قيل بمبدأ «الرضائية» بوصفه مبدأ ثانيا مشتقا من المبدأ الأعم وهو مبدأ سلطان الإرادة، ذلك أن الأمرين مرتبطان. فإذا كان من

---

(31) راجع: فلور (و) اوبير، المرجع السابق، ص 69.
(32) راجع: جستان ـ نظرية العقد، ص 22 وما بعدها.
فلور (و) أوبير، المرجع السابق، ص 71 وما بعدها.
(33) راجع: د/ فتحي عبد الرحيم عبد الله، المرجع السابق،ص162.

الضروري لكي يتكون العقد أن تُجرى بعض الطقوس والأشكال، فإنه لن يستقيم القول إن الارادة ذات سلطان مطلق، فاشتراط أي شكل خارجي رسمي يحد من إطلاق السيادة.

أما بالنسبة لإبرام العقد ومضمونه، فتتبدى الحرية العقدية من خلال رخص ثلاث متاحة للفرد؛ فله حرية التعاقد من عدمه، وله أن يختار شخص المتعاقد، وله حرية أن يحدد ـ بالاتفاق مع الطرف الذي اختاره ـ شروط العقد ومضمونه.

فسلطان الإرادة يسمح للأطراف بأن يحددوا تبعا لمشيئتهم مضمون العقد، أي أن يحددوا وبأنفسهم حقوقهم والتزاماتهم. وقد بلغت هذه الحرية أهمية جعلت البعض يخلط بينها وبين مبدأ سلطان الإرادة ذاته. إلا أنها ـ شأن مبدأ الرضائية ـ تعد مبدأ ثانيا مشتقا من مبدأ سلطان الإرادة.

ويرتب مبدأ الحرية العقدية للأفراد في أن يجروا من التصرفات القانونية ما يرونه محققا لمصالحهم في إطار النظام العام. ذلك أن وجود عقود مسماة نظمها القانون، لا يقف عقبة أمام استحداث علاقات عقدية جديدة. فإلى جانب العقود المسماة، يكون للأطراف أن يستخدموا «خيالهم» لإنشاء علاقا عقدية مشروعة غير مسماة في التقنين، ويكون لها ذات الفعالية المقررة للعقود المسماة، وإن كانت قد تتطلب مجهودا أكبر في تفسيرها.

أما بالنسبة للعقود المسماة التي يضع لها القانون قواعد وأحكاما، فإنها لا تنال من مبدأ الحرية العقدية. فللأفراد ـ وفقا لمبدأ سلطان الإرادة ـ أن يتفقوا فيما بينهم على مضمون العقد، وأن يرتبوا عليه ما يرونه من آثار. وتعتبر النصوص القانونية المنظمة لتلك العقود المسماة بمثابة نصوص تكميلية أو مفسرة لإرادة المتعاقدين يُجرى تطبيقها في حالة سكوت العقد أو غموض نصه.

ويتبدى أثر الحرص على كفالة مبدأ سلطان الإرادة في مجال الحرية العقدية، بوجه خاص، من نظرة المشرع لما اصطلح على تسميته عيوب الرضا، من غلط أو تدليس أو إكراه أو غبن. وسيأتي أن المشرع يرتب، بشروط معينة، البطلان في حالة ما إذا كان العقد مشوبا بأحد العيوب السابقة. ويلاحظ عند تحليل هذه العيوب والجزاء المترتب على وجودها، أن المشرع ومن شايعه في فقه تقليدي لم يرتب الجزاء لاعتبارات أخلاقية مبنية على العدالة، أو لاعتبارات اقتصادية مبنية على تحقيق الأمان في العلاقات العقدية والتوازن بين التزامات الاطراف، وإنما بُني

الجزاء على اعتبار نفساني بحت يتعلق بسلامة الإرادة التي ارتبطت، والتحقق من مدى كفاية حريتها عند التعاقد، ومدى إحاطتها بالأبعاد القانونية والاقتصادية للتصرف الذي أقدمت عليه.

الأمر ذاته ينطبق بالنسبة لنظرة الفقه التقليدي إلى الغبن، أي عدم التناسب بين التضحيات المتبادلة بين الطرفين. فهو كقاعدة عامة، لا يكون سببا للبطلان. وتفسير ذلك، إنه لا محل للتساؤل عن مدى عدالة ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين. فلا ننسى أنه - وفقا للنظرية المحضة لمبدأ سلطان الإرادة - يكون من غير المتصور القول بأن ما أراده الأطراف غير عادل.

والحرية العقدية - باعتبارها حرية تجرى ممارستها في نطاق الحياة الاجتماعية - يرد عليها بطبيعة الحال قيد عدم المساس بالنظام العام وحسن الآداب. ومع ذلك، رأى التقليديون أن هذا القيد يصعب التسليم به، وسعوا للتضييق من نطاقه. من ذلك ما اتجه إليه الفقه التقليدي من تطبيق مفهومي النظام العام وحسن الآداب على «محل العقد» أو البواعث والدوافع إلى التعاقد. فهي تظل منبتة الصلة بسلاسة الاتفاق المبرم، أيا كانت درجة عدم مشروعيتها أو منافاتها للاخلاق. ذلك أن التسليم بسيادة الإرادة يفرض أنه طالما أن العقد قد تكون، فإنه لا يخضع سوى لتلك الإرادة.

المبدأ الثاني - القوة الإلزامية للعقد بالنسبة للأطراف:

تُستفاد القوة الإلزامية للعقد من مبدأ سلطان الإرادة. وإذا لم يكن الفرد ملزما البتة بموجب إرادة الآخرين، فإنه يكون ملزما بموجب إرادته الذاتية. وبدلا من القيود الخارجية، تنشأ قيود ذاتية تتسق ومبدأ سلطان الإرادة. ومن هنا، قيل «العقد شريعة المتعاقدين». (المادة 147 مدني ليبي). ويضيف النص «فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون».

ويستفاد من المبدأ عدة ضوابط تتعلق بتفسير العقود أو بسلطة القاضي حيالها.

فمن حيث تفسير العقود في نطاق مبدأ الإرادة، يكون من المتعين البحث عن «النية المشتركة» للأطراف المتعاقدة، وذلك في ضوء الإرادة التي تم التعبير عنها عند إبرام العقد، والتي يظل كل طرف أسيرا لها.

والقاضي الذي يرفع إليه أمر تفسير العقد، لا يطلب منه أن يرتب على العقد

محل النزاع آثارا يراها أكثر عدالة أو أوفر جدوى، وإنما تلك التي يراها أكثر تطابقا مع إرادة المتعاقدين المحتملة.

كذلك، يكون محظورا على القاضي أن يتدخل لإنهاء العقد أو تعديله أيا كانت درجة إلحاح اعتبارات العدالة والإنصاف، حتى ولو طرأ أمر غير متوقع كان من شأنه الإخلال الجسيم بالتوازن العقدي. وسوف يأتي كيف أن القضاء الفرنسي ـ وعلى رأسه محكمة النقض الفرنسية ـ رفض إعمال نظرية الظروف الطارئة احتراما لمبدأ سلطان الإرادة. وهي نظرية أخذ بها التقنين المدني الليبي مراعاة لمبدأ التوازن في الالتزامات بين الطرفين المتعاقدين، حتى ولو انطوى ذلك على مساس بمبدأ سلطان الإرادة.

يفسر مبدأ سلطان الإرادة كذلك، القاعدة التي تقضي بأن الالتزامات العقدية لا تتأثر بالتغييرات التشريعية. ويكون استمرار سريان القانون القديم على العلاقة العقدية الناشئة في ظله، استثناء من مبدأ الأثر الفوري للتشريع الجديد. ذلك أن خضوع العقود لأحكام تشريع لاحق على إبرامها ينطوي على تعديل لآثارها التي توخاها الأطراف من المتعاقد، وذلك يعني إعادة نظر في العقد بطريقة غير مباشرة.

وسيأتي كيف أن هذه القاعدة[34] تأثرت بدورها بالانتقادات الموجهة لمبدأ سلطان الإرادة، وذلك في دول القانون التقليدي ذاتها. ففي فرنسا واعتبارا من عام 1960م، لوحظ أن التشريعات الصادرة في المواد المدنية لا تستبعد البتة مبدأ الأثر الفوري للتشريع حتى بالنسبة للعقود المبرمة قبل سريانها، وذلك من قبيل التضحية بمبدأ سلطان الإرادة إذعانا لاعتبارات التوجيه الإصلاحي.[35]

المبدأ الثالث ـ الأثر النسبي للعقد:

يفرض مبدأ سلطان الإرادة نسبة أثر العقد. فإذا كان صحيحا أن الإرادة هي المبدأ المحرك للالتزام، فهي تكون كذلك بالنسبة لمن عبروا عنها فحسب. ومن كان أجنبيا عن العقد، يظل كذلك بالنسبة لآثاره. وتنص المادة 145 من التقنين المدني الليبي على أن «ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، دونما

---

(34) راجع: في نقد هذه القاعدة: د/ عبد السلام علي المزوغي ـ نظرية القانون، المرجع السابق، ص 315.

(35) راجع: فلور (و) اوبير، المرجع السابق، ص 73.

إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقـد أو من طبيعة التعـامل أو من نص القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام».

وإذا كان الأصل أن ينصرف اثر العقد إلى المتعاقـدين والخلف العام ـ على نحو ما سيأتي بيانه تفصيلا ـ نكتفي الآن بـالإشارة إلى ان الفقـه التقليدي يفسـر امتداد أثر العقد إلى الخلف العام بالقول بأن الخلف يلتحم بالسلف بحيث يشكلان شخصا واحد على امتدادهما.

المبحث الثاني

انتكاس مبدأ سلطان الإرادة

بلغ مبدأ سلطان الإرادة أوجه في ظل سيادة المذهب الليبرالي، وما قام عليه من تأصيل فلسفي واقتصادي. فساد القول بأن الحرية هي غاية في حد ذاتها، فكل ما ترسخه هو خير، ولا يوجد ما يسوغ فحص استعمال الأفراد لها. وهي على الصعيد الا قتصادي، تعد خير وسيلة لبلوغ «العادل» و «والنافع».

بيد أنه سرعان ما تبدى فساد هذا النظر في ضوء ما كشف عنه التطبيق العملي لتلك المقولات الفلسفية الاقتصادية، فتراجعت أمام الانتقادات الحادة الموجهة إليها.

نقد الأسس الفلسفية لمبدأ سلطان الإرادة:[1]

يقوم التفسير الفلسفي للفردية القانونية على نظرة للفرد بوصفه المصدر الوحيد للقانون، أو بالاقل للحقوق الذاتية. ويقال، إن للإنسان حقوقا طبيعية سابقة على المجتمع، وإن الحرية هي أهم تلك الحقوق. وبذلك، تكون نقطة البدء هي الإنسان في عزلته.

ولم يسلم هذا النظر من النقد. فيقال، إن الإنسان الحقيقي الذي دارت حوله الدراسات التاريخية، إنما هو الإنسان الذي يعيش في مجتمع. وأيا كان صغر حجم

(1) راجع: فلور (و) اوبير، المرجع السابق، ص 78.

الجماعة فإن حقوقها سبقت حقوق الفرد. إن خير الفرد لا يمكن بلوغه إلا في المجتمع وبالمجتمع، وهو الذي يكفل له حماية مصالحه المادية والمعنوية.

على هذا النحو، يتضح أن الحرية لا يمكن أن تكون «مطلقا» فهناك التزامات يتعين أن توجه لما فيه خير الفرد ومصلحته، وفي المقابل توجد التزامات مفروضة عليه. ويترتب على ذلك التسليم بما تنادي به الفردية القانونية من وجوب أن يكون الفرد هو غاية القانون؛ فما يدور من أجل الفرد، لا يتم بالضرورة بمعرفة الفرد.

على انه إذا كان الفرد مصدرا للالتزام القانوني، فذلك لا يعني مسايرة منطق سلطان الإرادة على إطلاقه من حيث الاعتداد بصدور التصرف من الفرد إلى مضمونه وفحواه.

فليس للانسان الحق في أن يريد أي امر ولأي هدف، وإنما له أن يريد فقط ما يحقق مصالح مشروعة. ويقع على المشرع وعلى القاضي مهمة الاستيثاق من توافق التصرف القانوني مع الصالح العام، ومن تحقق التوفيق العادل بين المصالح الخاصة. وبتعبير آخر، تتم رقابة ما أراده الأطراف والدافع المحرك لتلك الإرادة. وتتحصل غاية القانون في قيام هذا التوفيق وهذا الانسجام، ويستتبع ذلك القول بأن سلطان الإرادة ليس غاية في حد ذاته، وإنما هو وسيلة في خدمة القيم العليا المتمثلة في العدالة والنفع الاجتماعي.

وهذا النقد للأسس الفلسفية لسلطان الإرادة لازمه نقد لمفترضاته الاقتصادية.

نقد المفترضات الاقتصادية لسلطان الإرادة:

يبرز الفقه كيف أن المفاهيم الليبرالية الاقتصادية جاءت إفرازا للظروف الاقتصادية القائمة وقت المناداة بها[2]. ويقال، إن رجال القانون من انصار المذهب كانوا يعتقدون أنهم يفكرون في أمور مطلقة غافلين عن أن كبار المفكرين يخضعون ـ ولو بطريقة لا شعورية ـ لتأثير الزمان والبيئة.[3]

---

(2) راجع: د/مصطفى الجمال، الرسالة سالفة الذكر، ص 129.
رسالة جورج لسكوييه المقدمة إلى كلية حقوق باريس عام 1962م حول رقابة الدولة على المنشآت المؤممة، ص 45.

(3) راجع: Morin (G): la loi et le contrat. la décadence de leur souveraineté, Paris 1927, P 108

وآية ذلك، إن المجتمع الغربي الذي شاهد المفاهيم الليبرالية في خاتمة القرن الثامن عشر، كان يتفق تماما والقول بسيادة الإرادة الفردية، فهي مرحلة الصناعات الحرفية والاقتصاد الريفي الصغير. ولقد كانت قوانين السوق تعمل على التقريب بين ثمن البيع وثمن التكلفة، وكانت الرقابة يكفلها المستهلكون، واقتصر دور القانون على دعم الحركة الحرة للقوانين الاقتصادية.

وكما يوضح العميد (ريبير)[4] إن المناداة بالحرية الاقتصادية غداة الثورة الفرنسية كانت هدم نظام الطوائف المقيت الذي كان سائدا، والإعراب عن الثقة في مناقب الحرية. وكانت الوحدات الإنتاجية القائمة، هي وحدات صغيرة ومحدودة وغير قادرة على السيطرة على السوق.

والنظام الاقتصادي الليبرالي إذ افترض أن الأفراد متساوون في علاقاتهم، فقد قرر لهم استقلالا واسعا من أجل تحقيق الخير الجماعي. ورأى أنه مع نمو المجتمعات الصناعية، فإن العقد الحر سوف يكون الأداة القانونية التي لا غنى عنها، والتي بموجبها يكون للأفراد والسلع حرية الحركة[5].

بيد أن تطورات المجتمعات الليبراالية دلت على أن الأفراد غير متساوين، وفي الغالب مسلوبي الإرادة.

ويشير علماء الاقتصاد[6] إلى أن الراسمالية الليبرالية إذ كانت تمجد العمل وتحث على الإقدام على المشاريع، وتبنت «قانون الربح» فقد دفعت الأفراد إلى السعي عن الربح من خلال رأس المال بدلا من العمل، ومن خلال الريع بدلا من إنشاء المشاريع، وحدت بالمنشآت إلى الدخول في تحالفات واتحادات قتلت المنافسة. واتسم الاقتصاد الراسمالي بظاهرة تركيز المنشآت وتكاملها مرورا بالمراحل المختلفة للعملية الإنتاجية حتى وصولها إلى المستهلك. وأدت الاتفاقات والتكتلات الراسمالية إلى القضاء على القوانين المزعومة لحرية السوق، وبدا أن الأسعار يتم تحديدها ليس بمراعاة رد فعل المستهلكين، وإنما في ضوء الاتفاقات

---

(4) راجع: REpert (G): Aspects juridiques du capitalisme moderne, 2ème ed, Paris 1951, No . 5.

(5) راجع: د/ فتحي عبد الرحيم عبد الله، الرسالة سالفة الذكر، ص 154.

(6) راجع: Piettre (André): les trois âge de l'Ecinomie, les Editons ouvrières, Economie et Humanisme, 1955, PP 254 ets.

او الصراع الدائر بين الكيانات الرأسمالية الكبرى. وعلى صعيد اليد العاملة، بدا من العبث الحديث عن مساواة مزعومة بين أرباب أعمال وعمال، أو عن سلطان إرادة العاملين في إبرام عقود عملهم، أو الحصول على متطلباتهم المعيشية. وبدا كل أجير منبت الصلة الشخصية برب عمله، في حين أخذ الوعي بالمصالح المشتركة يتنامى بين العاملين، وهي الظاهرة التي يطلق عليها الماركسيون تسمية «الوعي الطبقي»[7] والذي كان من شأنه الثورة على المسلمات المزيفة للمذهب الليبرالي والنتائج الفاسدة المترتبة عليه.

فمن جانب، تم الكشف عن التناقض المحتمل بين الحرية العقدية والعدالة على [8] خلاف ما زعم الليبراليون.

فالقول بأن كل ما هو تعاقدي هو عادل يقوم على أن الحرية العقدية تحقق تلقائيا توازنا مشروعا بين الأداءات، حيث تتحقق عملية تنازلات متبادلة، وما يفترضه ذلك من قيام مساواة بين الأطراف المتعاقدة تسمح بالمناقشة، فالتعاقد أو الإحجام عنه حين تخفق المحادثات. وقيل، إن تلك المساواة هي مساواة طبيعية بين الأفراد منظورا إليهم نظرة مجردة ترى فيهم التطابق والتماثل.

أما إذا خلعت النظرة ثوب التجريد واضحت نظرة ملموسة تفحص الأفراد في واقعهم الاقتصادي المعيشي أي في «وجودهم» دون «الماهية»، يبدو على الفور التفاوت الصارخ بينهم، وبوجه خاص فيما يتصل بابرام العقود. فالبعض يتعاقد تحت إلحاح الحاجة، في حين يتعاقد الطرف الآخر عن اقتدار وملاءة، وشتان ما بين الاثنين، حيث لا يملك الطرف المحتاج إلا «الإذعان» لمشيئة الطرف المليء. فعدم المساواة يستبعد المناقشة والتنازلات، وانتفاء النقاش يحول بدوره دون توازن الادعاءات، فالأكثر قوة ومهارة يملي قانونه على من دونه شوكة وقدرة.

وعند وضع التقنين المدني في مطلع القرن التاسع عشر، لم يكن عدم المساواة هذه تلفت انظار رجال الاقتصاد أو رجال القانون، إذ كانت تبدو محصورة في دائرة ضيقة من الأفراد. ولكن إزاء ما شاهده القرن التاسع عشر من تركيز صناعي وتجاري، تعمقت اشكال عدم المساواة التي بدت عدم مساواة في السلطان الاقتصادي على صعيد الفئات الاجتماعية وطوائف من المتعاقدين، وبدا

---

(7) راجع: د/فتحي عبد الرحيم عبد الله، المرجع السابق، ص 160.

(8) راجع: فلور (و) اوبير، المرجع السابق، ص 80 والمراجع المشار إليها.

التفاوض تمهيدا للتعاقد أمـرا مستحيلا. وبـزغ مفهوم «عقـد الإذعان» حيث ينتفى الخيـار بالنسبـة لأحد المتعـاقـدين، وحيث يكـون عليـه أن يـذعن لشـروط العقـد المفروضة عليـه أو يحجم عن التعاقـد، وهو لا يمكنـه الإحجام لانتفـاء البديـل مع متعاقد آخر، ويكون الخيار بالتالي وهميا والإذعان مفروضا.

في مثـل هـذه الظـروف، مـاذا يتبقى من المفتـرض الليبـرالي الأول؟ إذ إن المساواة النظرية بين الأفراد تستر عدم مساواة فعلية هائلة، وتصدق بالتالي مقولة «في الحاجة تكمن الحرية».

وردا على مقولة «من قال تعاقـديا قـال عادلا» ذكـر (اهرنـج) أن «القول بين تلاقي الإرادات هو بالضرورة عادل، ويعادل إعطاء ترخيص بالصيد إلى القـراصنة والخارجين عن القانون وتخويلهم الحق في الاستيلاء على كل مـا يقع بين أيـديهم. ذلـك إن ما يصلـح مـع أوضـاع المسـاواة، لا يصلـح حيث تكـون المـراكـز غيـر متساوية».[9]

ومن جانب آخر، تم الكشف عن التناقض المحتمل بين الحرية العقدية والنفع الاجتمـاعي بما يـدحض المفترض الثـاني للنظريـة الليبراليـة القائـل بأن الحـرية العقدية تقود دائما إلى نتائج مطابقة للنفع الاجتماعي.

فقد ساد الاعتقاد بأن الصالح العام هو حصيلة أو جملة الصوالح الخـاصة. بيـد أنه لـوحظ أن الأفراد - إذ يتـركون لشـأنهم - لا يتجهون بـالضـرورة صـوب الانشطة الأكثر نفعا، بل صوب تلك التي تكـون أوفر ربحـا. وقد سـاد الاعتقاد في عفوية التوازنات الاقتصادية، وبالأخص في التواؤم بين الإنتاج والحاجـات بموجب قانون العرض والطلب، وهو ما يفترض التنـافس كشرط أولي. وتقـدم بيان كيف أن المنافسة تكون ملغية نتيجة التكتلات الراسمالية والاتفاقات حول الأسعار والعمالـة وغيرها. ومتى ثبت أن الحرية الاقتصادية تقوض ذاتها، فإنها لم تعد قادرة على أن تكفل ما كان متوقعا منها، أي النمو المتناسق والمنسجم بين الإنتاج والمبادلات.

في ضـوء ذلك قيـل، إن الفرد لم يعـد هـو الخليـة الاجتمـاعيـة، وإنمـا في المجموع الاجتماعي. فلم يعد سائغا أن يترك للهـوى أو تحكم الفرد مسـألة إنتـاج

---

(9) راجـع: Gounot: le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, étude critique de l'individualisme juridique, Dijon 1912, P 371.

الثروات وتبادل المنتجات، وإنما على الدولة أن تتدخل لكي يتم هـذا الإنتاج وهـذا التوزيع لمـا يحقق أقصى صالـح للجماعـة. فكانت فكـرة التوجيـه الاقتصادي من جانب الدولة التي استردت من الأفـراد ذلك القسط من الاستقـلال الذي قـرره لهم المذهب الليبرالي.[10]

وكان من شأن الأخذ بمذهب التدخل في إطار الدول الرأسمالية ذاتها، أن ثار بعض الفقه المناصر لمبدأ الحرية التعاقدية وهاجموا ما أسموه «التوجيه التشريعي الذي يقاسي منـه العقد» وقـالوا، إن الـدولة أصبحت تفـرض عليهم ثمن الصحيفة التي يقرأونها، وإنهم حيث يشترون أقل شيء يتصـورون أنهم يتعاقـدون، والواقـع إنهم يتعاملون طبقا لنظام مفروض عليهم مقدما.[11]

هكذا كان من المتعين أن تتبدل النظرة الليبرالية الأولى لسلطان الإرادة. فلم يعد ينظر إلى التصرف القانـوني على أنه مجـرد أمر تصنعـه الإرادات، وإنما هـو وسيلة لبلوغ هدف مشروع اجتماعيا.

ويعد الفقيه الفـرنسي (ديجي) من أبرز من تصـدوا لفساد المفهـوم المجرد والمطلق لسلطان الإرادة. وذكر أن التعبير الإرادي للفرد ـ أيا كان شأنه فردا عاديا أو ملكا أو امبراطورا أو رئيسا للجمهورية ـ يكون عاجزا بذاتـه عن أن ينشىء أثرا قانونيا. فالأثر القانوني هو حدث اجتماعي طالما أنه ليس شيئا آخـر سوى الضغط المفـروض اجتماعيـا على إرادة، أو أكثر من أن تفعـل شيئـا أو تمتنـع عن فعلـه. والإرادة الفردية، لا تستطيـع بقوتهـا وحدهـا أن تحدث أثـرا اجتماعيـا. ويستطرد (ديجي) فيقول: إن الإرادة الفردية لا تستطيع إلا أن تحدد مسلك الفرد، والقانـون وحده يستطيع أن يحدث آثارا قانونية تحركها الإرادة بوساطة القانون. فالعقد ليس تعبيـرا عن سلطة الإنسـان على الإنسان، وإنمـا هو فقط وسـيلة تطبيق القـانـون الموضوعي، قانون المجتمع بأسره[12]. بل قيـل، إن التحديـد الحر لمضمـون العقد

---

(10) راجع: د/مجدي خليل، المرجع السابق، ص 438 وما بعدها.

Deslandres: Influence de l'évolution sociale sur l'organisation politique de la démocratie semaine sociale de Bordeau, 1909, P 237.

(11) راجع: د/بشرى جندي ـ حتمية التطور الاشتراكي في مبادىء القانون المدني، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الثالث، السنة الحادية عشرة، 1967م، ص 743.

(12) راجع لمزيد من التفصيل:

Duguit (léon): Traité de droit constitutionnel, tome premier, troisième éditeon, Ed, Boccard 1927, P 346 et suivantes.

من جانب الأطراف هو ببساطة «وظيفة اجتماعية» ووسيلة لتوفيق المصالح الخاصة مع الصالح العام الذي يتكون من مجموع تلك المصالح الخاصة.[13]

وتأكيدا للمعنى المتقدم، يمضي الفقه[14] في تحليله فيبرز الصور المختلفة لعدم المساواة بين المتعاقدين التي افرزتها الحياة الحديثة، والتي جعلت سياسة تدخل الدولة والتوجيه الاقتصادي أمرا محتما حتى في إطار الدول الرأسمالية ذاتها.

الصور المختلفة لعدم المساواة بين الأطراف في العلاقات التعاقدية الحديثة:

افرزت الحياة الحديثة صورا من عدم المساواة لم تكن من الوضوح والحجم على النحو الذي نصادفه اليوم. ويُجرى التمييز في هذا الصدد بين الصور التالية:

1 ـ عدم المساواة على صعيد اهل المهنة:

في البدء، كانت هناك عدم المساواة بين ارباب الأعمال والعمال أو المنتجين في المجتمعات التي تقوم على نظام الأجر، واليوم يضاف إليه عدم مساواة بين المنتجين والموزعين.

ا ـ عدم المساواة بين ارباب الاعمال والأجراء:

شهد النصف الأول من القرن الماضي التاسع عشر نمو الصناعة الرأسمالية الكبيرة، وما اتسمت به من تركيز كل السلطات بين أيدي مالك أدوات الإنتاج. وبدأ المنتجون في مركز بالغ الضعف والشقاء، خاضعين تماما لمشيئة مالكي وسائل الإنتاج الذين استطاعوا أن يفرضوا عليهم ساعات عمل زادت في اليوم الواحد على أربعة عشر ساعة لقاء أجر بالغ الزهد.

وتلك قصة شهيرة، تناولتها كتابات الكتاب الاشتراكيين الذين تنبأوا بثورة عمالية سوف تطيح بالبنيان الراسمالي. إلا أن الطبقة الرأسمالية استطاعت ـ من خلال حلول تلفيقية متنوعة ـ أن تلتف حول المطالب العمالية وتستجيب لبعضها بما يمتص غضبة المنتجين. كان من أبرز تلك الحلول «الاتفاقات الجماعية» التي تبرمها النقابات ذات العلاقة مع أرباب العمل، وانخرط طرفا العلاقات العمالية في اتحادات مهنية، حيث نجد في دولة مثل فرنسا اتحادا عاما للعمال، ويقابله على الصعيد

---

(13) راجع: د/مصطفى الجمال. المرجع السابق ص 128 والمراجع العديدة المشار إليها في الهامش.

(14) راجع: جستان ـ نظرية العقد، ص 32 وما بعدها.

د/عبد الفتاح عبد الباقي ـ نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 46.

الآخر اتحاد وطني لأرباب الأعمال بعد أن زعم هؤلاء حاجتهم للحماية والتكتل في مواجهة الضغط الذي تمارسه عليهم النقابات العمالية.

وانعكس هذا التطور على صعيد الروابط التعاقدية، ولم يعد عقد العمل من صنع تلاقي إرادة مشتركة للمنتج ورب العمل، وإنما أصبحت القاعدة هي إبرام اتفاقات جماعية بين طرفي العلاقة العمالية يتم التفاوض بشأنها، سواء على مستوى المنشآت أم على مستوى الاتحادات المهنية المتخصصة أم على المستوى المهني القومي.

ب ـ عدم المساواة بين المنتجين والموزعين:

كان من شأن تركيز رؤوس الأموال ووسائل الإنتاج في إطار النظام الراسمالي أن تعمقت الفجوة في السلطة الاقتصادية بين المنشآت ذاتها، بعد أن كانت مقصورة على العلاقة بين المنشآت والأفراد. وترتب على ذلك تلاشي المنافسة التي طالما اشاد بها الفكر الليبرالي، وكذلك ترتب نشوء علاقات تعاقدية بين المنشآت قائمة على التبعية. كما ظهرت صيغة مستحدثة من العقود تسمى «عقود تكامل» تبرم بين مجموعات أو تكتلات صناعية او تجارية، وبموجبها تستأثر المنشآت الكبرى لمدة محددة في العقد بكل او بعض نشاط المنشأة الأخرى الأدنى مرتبة من الأولى. ومن صورها كذلك، عقود التوريد على سبيل الاستئثار التي تبرم بين شركات وموزعي الوقود.

في الصور المتقدمة، نكون إزاء علاقات تعاقدية غير متكافئة تقوم على هيمنة طرف على الطرف الآخر. وفي إطارها يسعى الطرف الضعيف لتوحيد نشاطه من أجل توفير بعض التوازن، وبالأخص من أجل تدخل السلطات العامة. وقيل، إنه في العلاقة بين القوي والضعيف، فإن الحرية هي التي تقهر، وتدخل الدولة هو الذي يحرر.

2 ـ عدم المساواة بين المحترفين والهواة:

تدور النظرة إلى المهنيين على أنهم «محترفون» كفتهم هي الراجحة في تعاملهم مع «الهواة» من المستهلكين. وكان من شأن التنوع الحالي من المنتجات والخدمات وما تتسم به من تعقد فني متزايد، أن تحقق للمحترفين تفوق ساحق في العلاقات التعاقدية. ويتبدى ذلك بصورة ملحوظة في العلاقة بين المنتجين والموزعين من جانب، والمستهلكين من جانب لآخر.

ويُجرى تعريف المستهلك بأنه الشخص الذي يكون طرفا في عقد توريد اموال أو خدمات وذلك بهدف إشباع حاجاته الشخصية، أي أنه الطرف الذي يقف في خاتمة سلسلة التوزيع التجاري. ولا ينازع أحد بأي بلد في التسليم بضعف مركز المستهلك في العلاقات التعاقدية التي يكون طرفا فيها، وبالتالي في وجوب توفير الحماية اللازمة له.

وتشهد الحقبة الحديثة ظاهرة جديدة تتمثل في تكوين «جمعيات لحماية المستهلكين» وسنّ ما يعرف بتشريعات الاستهلاك. ذلك أنه إزاء عزلة المستهلكين وما تولده من ضعف، تكونت جمعيات للمستهلكين في محاولة لإعادة نوع من التوازن في العلاقة العقدية. وتعمل هذه الجمعيات على مباشرة نشاطها على غرار النقابات العمالية فتتحدث باسم المستهلكين، بل إن بعضها يسعى لإصدار مواثيق حقوق المستهلك بوصفها حقوقا أساسية لا يرد عليها تقادم.[15]

ومن بين هذه الحقوق، ينادى بالحق في المساواة في إبرام العقود، والحق في الأمانة، والصدق في التعامل. وهي حقوق تفرض على السلطات المعنية اتخاذ الخطوات اللازمة لكفالة تلك المساواة والنزاهة. وهناك اهتمام خاص بصور الاستهلاك الجماعي، من نقل وطاقة وإسكان وبيئة وخدمات صحية وترفيهية.

إنه، إذا كانت عدم المساواة بين الأطراف التعاقدة ـ على الوجه الذي تقدم بيانه ـ يدحض مفترض سيادة الإرادة وسلطانها عند التعاقد، فقد أفرز ذلك ظاهرة تبدو بالغة الشيوع هي نمطية العقود La standardisation.[16]

والعقد النمطي هو نموذج تعاقدي شائع يكون مطبوعا في العادة، ويقتصر دور الأطراف على ملء الحقول المتروكة على بياض لأغراض تفريد العقد.

ولئن كانت العقود النمطية ونماذج المحررات القانونية أمرا شائعا لدى المحامين والموثقين وغيرهم من القانونيين المحترفين، إلا أن الوضع قد تبدل الآن، وأضحى الأصل اليوم أن يتم التعاقد على نموذج مطبوع ومُعدّ سلفا بمعرفة

---

(15) راجع لمزيد من التفصيل:

Bonjean (Bernard): Le droit a l'information du consommateur, in, l'information en droi Privé, L.G.D.J, 1978, PP 349 ets.

(16) راجع: جستان، المرجع السابق، ص 40

د/ فتحي عبد الله ـ الشكلية في العقود، المرجع السابق، ص 369 و 372.

أحد الأطراف يكون بطبيعة الحالة الطرف الأقوى والمتخصص.

والأمر الخطير في هذا الشأن، هو أن هذه العقـود النمطية اصبحت تتضمن بنودا تحل محل النصوص التكميلية للقانون المدني أو القانون التجاري.

ومن المعلوم انه عند التعاقد، غالبا ما يكتفي المتعاقدون بذكر مـا يرونـه من عنـاصر اسـاسية في العقـد تاركين تنظيم سـائر الامـور للنصـوص التكميليـة أو التفسيرية الواردة في القانون الموضوعي. أما الآن وإزاء شيوع العقود أو النماذج النمطية، فإن المتعـاقد الـذي يعدهـا يحرص على أن يضمنهـا ما يـراه من احكام تكميلية، قلما يتاح للمتعاقد الآخر الإحاطة بها في توقيت ملائم، بحيث يسوغ القول أن إرادته عند التعاقد كانت بالفعل على درجة كافية من الإلمام بعناصر العقد الذي يقدم عليه. ولذا يقال، إنه في هذه الفروض يستعاض عن الثقة في القانـون بالثقـة في النموذج التعاقدي المطبوع الذي يحدد الشروط العامة للتعاقـد. وبذلـك، أصبح واضعـو هذه النمـاذج يمارسـون سلطـة لائحيـة واقعيـة ويستبـدلـون النصـوص التشريعية التكميلية بقانون تعاقدي جديد حتى قيل، إن الشخص الـذي يوجـه إليه الإيجاب فيبادره بالقبول، إنما يقدم قبوله لقانون تعاقدي سبق وضعه.[17]

هذا، وسوف نعود لدراسـة هذه المسـألة عنـد تناول عقـود الإذعان، وإنمـا نكتفي الآن بالإشارة إلى أن شيوع تلك الظاهرة أسفر عن التدخـل لحمايـة الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، وذلك سواء من خلال اتفاقات جماعية يتم بمـوجبها إعداد نموذج التعاقد أم بموجب تدخل تشريعي حيث يحدد المشرع بطـريقة آمـرة النصوص الواجب إيـرادهافي العقـد، أم من خلال التطبيقـات القضائيـة حيث يتم تفسيـر هذه العقـود بما فيـه مصلحـة الطـرف المـدين. ويبقى انـه ـ على خـلاف مفتـرضات سلطـان الإرادة ـلم يعـد المضمـون الـذاتي للعقـد من صنـع الإبـداع الحـر لإرادة الأطراف، وانتفت المساومة والمحادثة. وبعد أن كان العقد رضـائيا وذاتيـا، أضحى شكليا وموضوعيا لا يتوقف على الإرادة الفردية للمتعاقدين بقدر مـا يتوقف على إرادة الجماعة سواء القومية أم المهنية.

وقد انعكست التطورات التي سلف بيانها على النظام القانوني للعقد بمـا عبر بصورة جلية عن أفول سلطان الإرادة.

---

(17) راجع: ريبير (و) بولا نجيه ـ مطول القانون المدني، الجزء الثاني، ص 147 وما بعدها.

المظاهر المختلفة لانتكاس سلطان الإرادة:

باديء ذي بدء، يسعى بعض الفقه للحد من المغالاة التي اضفاها البعض على مبدأ سلطان الإرادة ونسبة ذلك إلى التقنين المدني، وبالأخص «تقنين نابوليون».[18]

ويقال، إنه ولئن نص التقنين المدني على مبدأ الحرية العقدية إلا أنه لم يجعلها مطلقة. فنطالع قول (بورتاليس) أحد واضعي التقنين المدني، بأن حرية التعاقد تُحَدّ بالعدالة وحسن الآداب والنفع العام. وحفلت الأعمال التحضيرية للتقنين المدني بالإشارة إلى الأخلاق والعدالة اكثر من إشارتها إلى مبادىء الفلسفة الفردية.

والمادة 1134 من التقنين المدني الفرنسي (تقابل 147 فقرة اولى من التقنين المدني الليبي) إذ نصت على أن العقد شريعة المتعاقدين، فإنها تعني فقط أن العقد ملزم لأطرافه بدون ان تتطرق لأساس القوة الإلزامية للاتفاقات الحرة، هل هي الإرادة المنشئة للعقد؟ أم المصلحة العامة التي يفترض أن العقد يساهم فيها؟ غير أن هذا النص قد فسر، بتأثير الاتجاهات الفردية على أن الإرادة هي مصدر القوة الإلزامية للعقد من دون أن يكون لهذا التفسير إساسه القانوني السليم. بل يضاف إلى ما تقدم الإشارة إلى نص المادة 1131 مدني فرنسي الى تجرد الالتزام من أثره متى كان مجردا من السبب، أو مبنيا على سبب غير حقيقي، أو غير مشروع. وهذه المادة تقابل المادة 139 من التقنين المدني الليبي التي تقضي بأنه إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع، كان العقد باطلا. فهذا النص يؤكد وجوب تبعية الإرادة المتعاقدة للعدالة، وكان (بورتاليس) يؤكد في تفسيره أن عقد البيع يكون مجردا من السبب إذا كان الثمن لا يتناسب مع قيمة الشيء.

على هذا النحو، يرى هذا الفقه أن الحرية التعاقدية ليست عنصرا ضمن عناصر أخرى يصلح لتفسير التقنين المدني، وهو أمر يزداد تأكيدا مع انتكاس مبدأ سلطان الإرادة كما يتبين من المظاهر التالية:[19]

---

(18) راجع: جستان ـ نظرية العقد، المرجع السابق، ص 29.

(19) راجع: فلور (و) اوبير، المرجع السابق، ص 83 وما بعدها.

1 ـ نشوء نظرية التعبير عن الإرادة في مواجهة نظرية الإرادة الباطنة:

نظـرية التعبيـر عن الإرادة هذه صـاغهـا الفقـه الألمـاني، وتضمن التقنين المدني الألماني بعض تطبيقـاتها . وقـد أراد بعض الفقه الفـرنسي ـ وفي طليعتهم سالي ـ أن يجعلها بديلا عن النظرية الفرنسية بشأن الإرادة الباطنية.[20]

وطبقا لما ذكره (سالي) لا يكفي لكي ينتج التصرف القانوني اثرا، أن توجد الإرادة الباطنة وإن اتجهت فعلا إلى ذلك الأثر القانـوني، بل ينبغي أن يفصـح عن هـذه الإرادة بالتعبيـر الخارجي إفصـاحا تكـون له قيمـة قانـونية. ومن هنـا، اسم «التعبيـر عن الإرادة» الذي أطلق على كـل إرادة، يهدف التعبيـر عنهـا إلى نتيجـة قانونية. فأهمية التعبير ناشئة من أن له قيمة قانونية موضوعية يبحث فيه عن الأثر الـذي اتجهت إليه الإرادة بـدون أن يتجاوز هـذا البحث نطاق المظهـر الخـارجي. فيجب أن يكون التعبير نفسه مكونا للارادة، فينشأ عنه بـالذات الأثـر القانـوني[21]. وحيث يختلف التعبير الخارجي عن الإرادة الباطنة، يجب أن يؤخـذ بالتعبيـر دونما اعتبار لما استكن في ضمير الشخص من غير أن يعلنه.

وفي نطـاق تكوين التصـرف القانـوني، يقول مبـدأ التعبيـر عن الإرادة على إطـلاقه، بمنـع ترتيب اي اثـر على عيب من عيوب الـرضا. فـالمجتمـع لا يهتم إلا بالظاهر، والثقة في المعاملات واستقرار العلاقات القانونية يـوجبان أن يطمئن كـل فرد إلى التعبير الموجه إليه ويحمله محل الجد.

اما في نطاق تحديد آثـار التصرف الـذاتي، فإن انصـار نظريـة التعبير عن الإرادة لا يلجأون إلى الإرادة الفردية في هذا الخصوص. فوفقا لهم، تكون المنفعة الاجتمـاعية ـ دونمـا نظر لمـا يريـده الأطراف ـ هي التي تحـدد الآثار التي يجب إضافتها للتصرف القانوني. فالقانون لا يهتم بارادة الطرفين إلا حينما تكون مطابقة لصالح الجماعة، وبـذلك يعـامل التصـرف الخاص كمـا يعامـل العمل التشـريعي. فالتشريع ـ وفقا لما يراه بعض الفقه العام ـ[22] ليس إلا تصـرفا قـانونيـا. وكما أن تحديد مضمون التشريع لا يتم بالرجوع إلى إرادة ما ـ إذ أن التشريـع هو وسيلـة

---

(20) راجع لمزيد من التفصيل: د/ عبد الرزاق السنهوري ـ الوسيط في شرح القانون المدني: مصـادر الالتزام، ص 113 وما بعدها.

د/وليم قلادة، المرجع السابق، ص 8 وما بعدها.

(21) راجع: Loriers: le rôle de la volonté dans les contrats, thèse droit, Paris 1944, P 3.

(22) راجع: ديجي ـ مطول القانون الدستوري، المرجع السابق، ص 211 وما بعدها.

التنظيم الاجتماعي ويجب ان يكون تفسيره مطابقا للمصلحة الاجتماعية ـ فكذلك الأمر فيما يتعلق بالتصرف القانوني الفردي.

يستفاد من العرض الفائت، كيف أن النظرية الجديدة تبتعد عن نظرية الإرادة الباطنة وما تستتبعه من وجوب احترام تلك الإرادة والتقيد بها، وإن أدى ذلك إلى إهدار الإرادة الظاهرة. فالعقد يعتد به بوصفه حدثا اجتماعيا، واحترام التعبير الخارجي عن الإرادة يوفر مزيدا من الأمان بالنسبة لغير الأطراف المتعاقدة باعتبار أن هذا الغير لا يعرف سوى تلك الإرادة الظاهرة، وكذلك بالنسبة للمتعاقدين، حيث إن كل طرف لا يعرف إلا ما عبر عنه الطرف الآخر وليس ما يبطنه.

وإعمالا لمنطق نظرية التعبير عن الإرادة، يكون تفسير العقود ليس وفقا للإرادة الفعلية للمتعاقدين، وإنما وفقا لتعبيرها الظاهر، وكذلك في حالة الغموض طبقا لما تضفيه اعتبارات العدالة والضرورات الاجتماعية من معنى للتعبير العقدي المستخدم.

وغني عن التعليق مدى ابتعاد هذا المفهوم للتعبير عن الإرادة عن المفهوم الأولي لسلطان الإرادة، وما يستتبعه من وجوب السعي من أجل معرفة الإرادة الحقيقية للأطراف وكفالة احترامها.

وفي مجال تبيان مدى انعكاس هذا التطور الفقهي في التقنين المدني المصري، وبالتالي في التقنين المدني الليبي، يوضح الأستاذ/ السنهوري أن الأصل في التقنين المصري هو الأخذ بالإرادة الباطنة، ولكنه مع ذلك يأخذ بالإرادة الظاهرة إلى الحد الذي يقتضيه استقرار التعامل.[23]

من امثلة ذلك، ما تنص عليه المادتان 91 و 92 من القانون المدني، فتنص المادة الأولى على أن التعبير عن الإرادة ينتج اثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه. ومؤدى ذلك، إن من وجّه إليه إيجاب فقبله ثم عدل، ولكن القبول وصل إلى الموجب قبل أن يصل العدول، يرتبط بالعقد، لا على أساس إرادته الحقيقية التي عدل عنها، بل على أساس إرادته الظاهرة وهي وحدها التي اقترن بها الإيجاب.

---

(23) راجع: د/عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 110 وما بعدها.

وتنص المادة التالية على أنه «إذا مات من صدر عنه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه. هذا، ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل». وقيل تفسيرا لهذا النص، إنه يستند إلى نظرية الإرادة الظاهرة التي انفصلت عن صاحبها فأصبحت مستقلة عنه، وتبقى حتى بعد موته أو فقده أهليته.

يساند هذا النظر رأي قوي في الشريعة الإسلامية، إذ هي تعتد اعتدادا بينا بالإرادة الظاهرة متأثرة في ذلك بنزعة مادية واضحة.[24]

ويكون لنظرية الإرادة الظاهرة صداها بالنسبة لعيوب الرضا في القانون المدني الليبي. فتنص المادة 120 على أنه «إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز أن يطلب إبطال العقد إن كان المتعاقد الآخرقد وقع مثله في هذا الغلط، أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه». ومؤدى هذا النص، إنه إذا انفرد المتعاقد الأول بالغلط دون المتعاقد الآخر، فإن العقد يكون صحيحا، لا على أساس الإرادة الحقيقية للمتعاقد الأول، وإنما على أساس إرادته الظاهرة التي اطمأن إليها المتعاقد الآخر واعتمد عليها في ترتيب شؤونه. فهنا، يصبح «الغلط غير مغتفر» ولا يؤدي بذاته إلى إبطال العقد[25]. وقد أعمل المشرع المبدأ ذاته بالنسبة للتدليس والإكراه.

وبالنسبة لتفسير العقود، تقضي المادة 152 فقرة (1) بأنه «إذا كانت عبارة العقد واضحة، فلايجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين». ويستخلص الأستاذ/ السنهوري من هذا النص، أن المشرع في التقنين الجديد قد أخذ عن طريق غير مباشر بالإرادة الظاهرة في العقود التي تكون عبارتها واضحة. ويقوم ذلك على افتراض اننا نستخلص الإرادة الحقيقية من الإرادة الظاهرة، ولا يجوز لنا أن ننحرف عن هذه للتعرف على تلك. فنحن في الواقع من الأمر نأخذ بالإرادة الظاهرة، وإن كنا نفعل ذلك تحت ستار أن الإرادة الظاهرة هي الإرادة الحقيقية ذاتها[26]. وفي هذا المعنى، حكمت المحكمة العليا بأنه متى كانت عبارة العقد صريحة في الإنباء عن المقصود منه، فلا يصح

(24) راجع: مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الثاني، ص 30.

(25) راجع: حكم نقض مدني مصري، جلسة 1973/6/21م، س 24 ص 953.

(26) راجع: د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط، س 112.

تفسيرها أو تأويلها على خلاف ما تنبىء عنه.[27]

2 ـ الحد من النتائج المتصلة بالحرية التعاقدية:

تقدم بيان أن من شأن الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة ترتيب ثلاث نتائج رئيسية على صعيد الرابطة التعاقدية تتمثل في الأخذ بمبدأ الرضائية ورفض الشكلية، وفي تقرير مبدأ الحرية التعاقدية، وأخيرا في إعمال مبدأ القوة الملزمة للعقد.

ويلاحظ الفقه، أن تطورا قد أصاب هذه النتائج الثلاث بما يحد من تأثير سلطان الإرادة[28] وذلك على التفصيل التالي:

أ ـ بالنسبة لمبدأ الرضائية:

شكل مبدأ الرضائية عنوانا لانتصار سلطان الإرادة على الشكل، حيث اعتبر تلاقي الإرادات كافيا في حد ذاته لترتيب الآثار القانونية المتوخاة من التصرف القانوني دونما حاجة لإفراغ تلك الإرادة في قالب شكلي محدد. وقد تأكد مبدأ الرضائية بوجه خاص في المرحلة التي عاصرت ازدهار سلطان الإرادة.

بيد أن الملاحظ بأن مبدأ الشكلية يفرض نفسه من جديد على الروابط التعاقدية اطرادا وانتكاسا لمبدأ سلطان الإرادة.

ويُجرى تفسير البعث الجديد لمبدأ الشكلية بالإشارة إلى عاملين أساسيين:[29]

1) سيادة القانون الموضوعي.
2) تحول مفترضات قانون اقتصاد الوقت لصالح الشكلية.

أما في شأن سيادة القانون الموضوعي، فمن المسلم به أن سياسة التوجيه الاقتصادي والاتجاهات الاشتراكية قد ساعدت على بعث العقود. فمن الواضح، إن الدولة لا تستطيع أن تحقق اقتصادا موجها لخدمة الجماهير إلا في إطار نظام قانوني واقتصادي آمر تفقد معه الإرادة الفردية سيادتها لتخضع لرقابة الدولة. وتحدد الدولة بصورة آمرة ـ بموجب تشريعات أو مراسيم ـ الإطار التعاقدي الذي

---

(27) راجع: حكم المحكمة العليا جلسة 1980/1/9م، طعن إداري رقم 22/23 ق، مجلة المحكمة العليا، العدد الرابع، السنة السادسة عشر، ص 21.

(28) راجع: فلور (و) أوبير، المرجع السابق، ص 85.

(29) راجع: د/فتحي عبد الله، المرجع السابق، ص 403 وما بعدها.

يحكم التبادل التجاري، وهو إن أتاح للافراد أو المنشآت حرية التعاقد، إلا أن تلك الحرية تتم ممارستها وفقا لشروط تحددها سلفا السلطات المعنية.

وبديهي أنه في إطار هذه البنى الاقتصادية والاجتماعية، يلعب القانون الموضوعي دورا بالغ الأهمية على حساب الحرية الفردية. ودلت التجربة على أن التقنية الشكلية هي أكثر الوسائل فعالية لكفالة رقابة مطردة على مطابقة العقد للقانون الموضوعي، ذلك أنها تفرض على الأفراد الراغبين في التعاقد أن يستخدموا الأشكال المقررة قانونا، والتي تتيح للجهة المعنية أن تراقب من خلالها التزام المتعاقدين للاهداف المقررة.

ومن المسائل الطريفة أن هجر الشكلية وتقرير مبدأ الرضائية قد استند فيما مضى إلى مقولة ان الشكلية تتعارض ومقتضيات حرية التجارة وسرعتها فقيل، إن قانون اقتصاد الوقت يدعو إلى تحرير الإرادة من الأشكال التي تعوق انطلاقها وترتيب آثارها. والآن يتم الاستناد إلى ذات قانون اقتصاد الوقت للقول بأنه مع تشابك العلاقات الاقتصادية وتنوعها وارتفاع القيمة الاقتصادية للمعاملات، كل ذلك يحتم توفير مزيد من الثقة والائتمان في المعاملات، بحيث تأتي الإرادة الباطنة في المرتبة الثانية ليحتل التعبير عن الإرادة - يكون في العادة شكليا - المرتبة الأولى.

في هذا، يشير الفقه إلى أن الشكلية التي هجرت لتسهيل المعاملات والإسراع في إنجازها عادت إلى الظهور في القانون التجاري لهذا الغرض ذاته الذي كان سببا في تجنبها. فالأوراق التجارية، يشترط في كتابتها شكل خاص لتبسيطها وسرعة تداولها. كما ظهرت الشكلية في العصر الحديث في ثوب جديد، فطرق الإشهار من قيد وتسجيل وطرق الإثبات، كل هذه في الوقائع تعتبر نوعا من الشكلية الحديثة. وهي تختلف عن الشكلية القديمة في أنها أكثر مرونة، وفي أنها لا تكفي وحدها في تكوين العقد. فهي وان كانت لازمة، إلا أنها لابد أن تقترن بارادة المتعاقدين، فهي «شكلية» وضعت للارادة لا للعقد.[30]

يضاف إلى ما تقدم، شيوع ظاهرة «العقود النمطية» في عديد من المعاملات الحديثة نتيجة ظهور القوى الاقتصادية الضخمة، وتركيز المنشآت الكبرى، واختلاف المساواة الصارخ بين المتعاقدين، وتكاثر التعاقدات وتنوعها نتيجة عوامل اقتصادية أو اجتماعية أو قانونية مختلفة، بالإضافة إلى التدخل المتزايد من

---

(30) راجع: د/ عبد الرزاق السنهوري - نظرية العقد. ص 114 و 115.

الدولة في حياة العقد. كل ذلك، شكل عوامل ساهمت في التطور التقني للعقد. وهو تطور يهدف، من جانب إلى إعادة التوزن التعاقدي الذي تهدده قوى اقتصادية انانية، ومن جانب أخر إلى إنجاز سرعة المعاملات مع كفالة أمنها القانوني، أي في كلمة واحدة توفيق الحركة مع النظام.[31]

والعقد الشكلي المعد سلفا يحقق اقتصادا في الوقت وفي المجهود، ويكفل الحركة، فضلا عن أنه اداة للنظام والأمان، ذلك انه يضفي على شروط العقد واحكامه يقينا لا يحتمل المنازعة. كما أن هذه التقنية، هي إحدى وسائل التوجيه الاقتصادي والقانوني لأنها تكفل رقابة القانون الموضوعي للعقد وهيمنته عليه.

على هذا، كان بعث الشكلية الحديثة مظهرا إضافية من مظاهر الحد من إحدى النتائج المترتبة على سلطان الإرادة، أي الرضائية. وقد حكمت المحكمة العليا، انه وإن كان الأصل في العقود الرضائية وأن اشتراط تدوين نصوصها كتابة إنما يكون لمجرد إثباتها، إلا انه لا يوجد في القانون ما يمنع المتعاقدين من اشتراط تعليق انعقاد العقد على توقيعهم على محرر مكتوب، وليس في هذا الاتفاق ما يخالف النظام العام. وكان الحكم المطعون فيه قد حصل من مدلول العبارات الواردة في الرسالة أنه اشتراط لانعقاد العقد بين الطرفين أن يكون قبول الطاعن صريحا ومكتوبا وذلك بالتوقيع من جانبه على صورة الرسالة بالموافقة على كافة الشروط المدرجة فيها، وهو تحصيل سائغ لا يخرج عن مدلول العبارات فيها، وكان تخلف الطاعن عن التوقيع نفاذا لاتفاق الطرفين مانعا من انعقاد العقد، وانتهى الحكم المطعون فيه إلى رفض الدعوى بطلب العمولة لعدم إتمام العقد بسبب تخلف الطاعن عن التوقيع، وهو قضاء مستقيم على الأساس القانوني الصحيح.[32]

ب ـ بالنسبة لحرية التعاقد:

تتعدد مظاهر التعاقدية، فهي قد تتمثل في الحرية المتاحة للشخص للاقدام على التعاقد أو الإحجام عنه. وقد يرى المشرع أن اعتبارات الصالح العام تقتضي حرمان الفرد من ممارسة الخيار، فيكون العقد أو التصرف القانوني مفروضا عليه.

---

(31) راجع: Josserand (L): L'essor moderne du concept contractuel. Etudes Gény. Tome II: P 335.

(32) راجع: حكم المحكمة العليا بجلسة 1979/6/3م، طعن مدني رقم 128/24 ق، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، السنة السادسة عشرة، يناير 1980م.

من ذلك، ما ينص عليه القانون من وجوب أن يبرم مالك السيارة عقد تأمين إجباري ضد الحوادث على سيارته لاعتبارات تتعلق بكفالة حقوق من يحتمل أن يلحقهم ضرر من استعمال تلك السيارة. فهنا، حرية إبرام عقد التأمين أو الامتناع عنه تكون منتفية، وما يتبقى لمالك السيارة من حرية يتصل باختيار شركة التأمين التي سوف يؤمن لديها على سيارته. ومع ذلك، فإن شروط عقد التامين تكون معدة سلفا وعليه أن يذعن لها.

من جانب آخر، يحد المشرع من الحرية التعاقدية حيث يرسم إطار الالتزامات التعاقدية التي تنشأ من العقد وذلك باللجوء إلى فكرة النظام العام وحسن الآداب، حيث تعددت التشريعات المتسمة بطابع النظام العام، واكتسبت طابعا جديدا. فالنظام العام التقليدي، كان يتسم أساسا بـ «السلبية» بمعنى أن المشرع كان يحظر بمقتضاه بعض العقود أو البنود. أما النظام العام المعاصر، فهو ذو طابع «إيجابي» حيث يفرض المشرع بموجبه مضمون العقد، بل يسوغ القول بأنه يحرره بدلا من المتعاقدين. فهو الذي يحدد قيمة الإيجار، والتزامات المؤمن لديه، وأحكام عقد العمل من أجر وعطلات وحقوق مالية وغيرها.

ويشير الفقه إلى أن مثل هذا التدخل يعد أمرا ثوريا بالنسبة للأفكار الليبرالية التي كانت سائدة حين تم وضع «تقنين نابوليون». وهو يعكس اهتمام المشرع بأن يتوقى خطر الحرية التعاقدية غير المحدودة بين أطراف غير متكافئة، حيث تعني الحرية بالنسبة لطرف قهرا بالنسبة للطرف الآخر.[33]

هذا، وقد ينتهج المشرع سياسة ترمي إلى كفالة نظام اقتصادي معين، وتطبيق سياسة اقتصادية موجهة تحقق مصالح الأطراف المختلفة في حدود المعطيات الاقتصادية القائمة. وتتبدى هذه السياسة بوجه خاص في مجالات الإنتاج والتوزيع وتحديد الأسعار، حيث يتدخل المشرع بصورة آمرة ليفرض على المتعاقدين ما يرى لزومه لتحقيق السياسة الاقتصادية المرجوة.

وتختلف الأساليب التي يلجأ إليها المشرع لبلوغ مراميه. فقد ينتهج منهجا يقوم على الإقناع والتحفيز لإنجاز أهداف سياسته الاقتصادية. في هذا الفرض، تكون إرادة الأفراد حرة وإن تأثرت بالحتمية التي تحددها لها الدولة. وتكون هذه الحتمية أحيانا مصحوبة ببعض صور الإغراء المالي، مثل تقرير إعفاءات ضريبية،

---

(33) راجع: فلور (و) اوبير، المرجع السابق، ص 85.

او تقديم دعم مالي، وغير ذلك من صور الحوافز الاقتصادية. ولا تفوت الإشـارة في هذا الصدد إلى أن المصارف ـ بوصفها مركزا للائتمـان المالي ـ تلعب دورا بـالغ الأهمية في تنفيذ سياسة الدولة الاقتصـادية، وذلك من خلال مـا قد تـوفر من تسهيلات ائتمانيـة؛ أو على العكس، ما قـد قـد تفـرضـه من قيـود على الائتمـان المصرفي.[34]

بيد ان هناك قطاعات تتصل بالسياسة الاقتصادية يضيق فيها قسط الحريـة التعاقدية، مثل قطاع الحصص التموينية.[35]

يُعمل بهذا النظام حتى في إطار الدول الراسالية، وبموجبه يتم توزيع السلـع الخاضعة لنظام الحصص التموينية طبقا لضوابط ومقادير تحددها الجهة الإدارية، وذلك بين تجار الجملة وتجار نصف الجملة. ويتولى تجـار نصف الجملة، تـوزيع السلع التموينية على تجار التجزئة وفقا للمقادير التي تحددهـا الجهة الإداريـة. ثم يأتي دور تجار التجزئة في توزيع المـواد التموينيـة على المستهلكين المقيدين في قائمة كل تاجر تجزئة والحائزين على البطاقة الاستهلاكية المقررة.

في إطار هذا النظام من التوزيع الآمر، تتحقق عمليات متتالية تصل بـالسلعة من المنتج إلى المستهلك متـدثرة ثـوب العقود، وهي عقـود ينتفى فيها أي عنصـر رضائي.

ذلك انه ليس لتاجر الجملة او تاجر التجزئة اية صلاحية في تقـرير مكـان أو زمان او كمية ما يتم التعاقد بشأنـه، او تحديـد الطرف الـذي يتم التعاقـد معه، أو مناقشة شروط العقد، وبالأخص ما تعلق منها بثمن السلع المتعـامل فيهـا. من هنا، جرى تشبيه التاجر في هذا الفرض بـ «الموظف العام»أو القـائم بخدمـة عامـة[36]. ويكون الدخل الذي يحققه بمثابة أتعاب تستحق لـه مقابـل الجهد الـذي بذلـه. أما المستهلك، فما عليه إلا الإذعان لما هو مطلوب منه، سواء ما تعلق بشخص الموزع أم الثمن أم الكمية أم الصنف أم التوقيت.

---

(34) راجع: د/ مجدي خليل ـ التوجيه الاقتصادي، المرجع السابق، ص 75 وما بعدها.

(35) راجع: المرجع ذاته، ص 143 وما بعدها.

(36) راجع: Hémard: l'économie dirigée et les comtrats commerciaux, in, Mélanges Ripert, T, 1950, P 350.

مع ذلك، يلاحظ أن العلاقات التي تنشأ بين المراحل المختلفة لهذه العملية تتدثر ثوب العقد، فالأمر لا يتعلق البتة بعمليات إدارية من التوزيع الآمر، وإنما بعقود توريد أو بيع مفروضة على الأطراف بجميع عناصرها.

لذا، توصف هذه العقود بأنها عقود «خيالية» يفترضها الاقتصاد الموجه. والواقع إنه في هذا الفرض تتحقق ظاهرة ملموسة في معظم المجالات المندرجة في إطار التوجيه الاقتصادي حيث يتجاور التنظيم اللائحي والعقود ويكمل أحدهما الآخر. فالتنظيم التشريعي يقدم الأساس الذي تتولى العقود تنفيذه. بيد أنه لما كان الأمر يتعلق بتنظيم دقيق ومتشعب، فإنه من الناحية العملية يسود مضمون العملية التعاقدية بحيث لا يبقى سوى شكل العقد دون جوهره الرضائي.

ويشار إلى أن الإبقاء على التقنية التعاقدية له جدواه بالنسبة للدولة نظرا لما تتصف به الرابطة التعاقديةمن مرونة غير متوفرة في المراسيم الآمرة، فضلا عن انطوائها على عامل نفساني يحث على التعاون من جانب الخاضعين للتنظيم الاقتصادي. ويذكر الكتاب انه لو اقتصر الأمر على هذا الدور النفساني المحض، فإنه يكفل تنفيذا أفضل للتوجيهات الاقتصادية للدولة، حيث يدفع المتعاقدين إلى الوفاء بما يقدمونه من وعود، كما انه يساعد على حصر المسؤولية وتحريك المساءلة عند اللزوم.

وينعكس المركز الخاص الذي يتواجد فيه الموزعون على التزاماتهم. فيشير الفقه إلى أنه فى إطار نظام التوزيع الجبري للحصص نكون إزاء «وظيفة اجتماعية» يؤديها التجار. ويكون عليهم أن يذعنوا لالتزام البيع المفروض عليهم. ومن ثم، يكون من المتعين إتاحة الفرصة لإبرام التعاقد بالرغم من رفض البائع، ويعد صدور حكم من المحكمة بناء على طلب المشتري كافيا لإثبات التعاقد نظرا لأن الفرض أن البائع يوجد في حالة «إيجاب إجباري». ويقال، إن هذا الحل «الواقعي» دون الجزاءات الجنائية أو الإدارية أو المهنية هو الذي يهيء إمكانية إنجاز أهداف الخطة، ويكفل توزيع السلع الخاضعة لنظام الحصص وفقا للمعدلات الموضوعة لها.

جـ - بالنسبة للقوة الملزمة للعقد:

يتسم القانون في مرحلته الحديثة بطابع اجتماعي، حتى في نطاق الدول التي ترفع لواء الليبرالية. ومن شأن هذا الطابع أن يجعل القانون أكثر انفتاحا على

مطالب وتطلعات الفئات المختلفة في المجتمع بحيث يُعنى بكل من الغني والمحتاج وارباب الاعمال والمنتجين، اي يجعله في خدمة كل أعضاء المجتمع.

وهذا المعنى له صداه على صعيد التصرفات القانونية. فتتغير النظرة إلى العقد، الذي لم يعد مجرد نتاج للارادة الفردية، وإنما وسيلة يتم بمقتضاها بلوغ اهداف المنفعة الاجتماعية في إطار الحرية[37]. ومن هنا يقال، إن العقد يعد «واقعة اجتماعية» اي لا يعني أطرافه فحسب، وإنما المجتمع بأسره، بما يستتبع القول بأنه في كل عقد لا تكون إرادة الأطراف هي السيدة، فلا يسوغ أن توجه ضد مصالح المجتمع.

في أطار هذا المفهوم، ترددت في الدول الراسمالية ذاتها وبأقلام فقهاء غربيين، اجتهادات فقهية تدعو إلى أن يحل الفرد بوصفه «كائنا اجتماعيا» محل الفرد منظورا إليه على انه «غاية في حد ذاته». وحلت «الوظائف الاجتماعية» محل «الحقوق الذاتية» وتغير دور الإرادة من مصدر أعلى للحقوق والواجبات إلى «أداة للمصلحة الاجتماعية».[38]

وكان لابد أن ينعكس المفهوم الجديد على أحد ابرز آثار نظرية سلطان الإرادة، اي مبدأ القوة الملزمة للعقد الذي يقوم أساسا على أن إرادة المتعاقدين هي المصدر الأوحد للآثار المترتبة على التصرف القانوني، بحيث يمتنع على المشرع أو القاضي أو أحد الأطراف أن يعدل فيها أو ينال منها.

وقد تبدى انتكاس مبدأ سلطان الإرادة في مجال القوة الملزمة للعقد على المستويات المختلفة، اي سواء بالنسبة للمشرع أم القاضي أم الأطراف ذاتها.

اولا ـ بالنسبة للمشرع:

فقد مبدأ القوة الملزمة للعقد كثيرا من بريقه بالنسبة للمشرع من عدة زوايا، فقد ثارت المسألة عند محاولة وضع حلول تنازع القوانين من حيث الزمان بالنسبة

---

(37) راجع: Charmont: le droit et l'esprit démocratique. Paris 1908, P 39.

(38) راجع: Ripert (G): le régime démocratique et le droit civil, Paris 1948. Les limites de la liberté contractuelle, cours de droit civil approfondi, 1929 - 1930, P 70 ets.
Duguit (l): les transformations générale du droit privé depuis le code Napoléon, 1912, P 26.

راجع: لمزيد من التفصيل: د / عبد الرزاق السنهوري ـ نظرية العقد، ص 102 و 103.

للآثار الجارية للعقود. فالفرض، إن عقدا ابرم في ظل قانون يرتب عليه آثارا محددة. وإذ لا تزال آثار العقد جارية، يصدر تشريع جديد يتضمن أحكاما تنطوي على تعديل لتلك الآثار. هنا، تثور قضية مدى إمكان تطبيق قاعدة الأثر المباشر للقانون، بمعنى سريان القانون الجديد على المراكز العقدية الجارية والتي تم تكوينها قبل نفاذه وامتدت آثارها إلى ما بعد العمل به.[39]

إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة وما يستتبعه من القول بالقوة الملزمة للعقد، يطبق الفقه قاعدة تقضي بالأثر المستمر للقانون القديم، بحيث تظل المراكز العقدية الجارية محكومة بالقانون الذي تكونت في ظله، ويشكل ذلك استثناء من مبدأ الأثر المباشر للقانون.

وقيل في تبرير ذلك[40]، إن آثار العقود تتحدد وتقوم بصفة أساسية على إرادة الأطراف. فالعقد يقوم على توازن بين حقوق والتزامات الطرفين، وتحديد ذلك يتم على ضوء القواعد القانونية المعمول بها لحظة إبرام العقد. وإخضاع الآثار المستقبلة للعقد للقانون الجديد يؤدي إلى الإطاحة بكل توقعات الأطراف بالتوازن الذي حُرص على إقامته بين الحقوق والواجبات المتبادلة. والعقد يعتبر كلا غير قابل للتجزئة، بحيث يختل التوازن العقدي إذا تم تعديل احد عناصر هذا العقد في المستقبل. ومن جهة أخرى، تنتفي الحكمة من إعمال الأثر المباشر للقانون الجديد في مجال المراكز العقدية الجارية. فالذي يبرر الأثر المباشر هو ضرورة تحقيق الوحدة القانونية في الدولة، فهي أساس النظام في الروابط والعلاقات القانونية. وعدم إعمال الأثر المباشر يؤدي إلى تعدد القواعد القانونية التي تحكم المراكز القانونية المتماثلة، مما يؤدي إلى الاضطراب في المعاملات. أما في المراكز العقدية، فالأصل أن العقد شريعة المتعاقدين. ولهذا، لا تتشابه العقود، ويعتبر تنوعها واختلاف أحكامها من طبائع الامور حيث يضع الأطراف ما يروق لهم من شروط.

وبذا، يسود القول بأن مبدأ استمرار سريان القانون القديم على العقود يكفل احترام الحقوق المكتسبة، ويعزز من الحرية العقدية. فطالما أن هذه الحرية مسلم

---

(39) راجع: د/ عبد السلام علي المزوغي ـ نظرية القانون، المرجع السابق، ص 315.

(40) راجع: د/حسام الدين الاهواني ـ أصول القانون، المرجع السابق، ص 366 و 367 والمراجع المشار إليها في الهامش.

د/مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 560 وما بعدها.

بها، يكون من الطبيعي من زاوية التقنية القانونية أن تسفر عن جعل العقود بمنـأى عن تدخل المشرع. وإلا أضحى سلطان الإرادة سرابا!.[41]

ويرى البعض أن القول باستمرار حياة التشريع القديم يعني التسليم بسمـو العقد على التشريع، أو بالأقل تأكيد الطابع الاستثنائي لتدخل المشرع في المجال التعاقدي[42]. ولوحظ بحق أن هذا التأصيل كان يتفق تماما وتشريع ليبرالي المنشـأ مبني على مبـدأ سلطان الإرادة، حيث يعـد التشريـع كقاعـدة عامـة مكملا لإرادة المتعاقدين.

إزاء المتغيرات التي تقدم بيانها والتي كان من شأنهـا انتكاس مبـدأ سلطان الإرادة، بات ضروريا إعادة النظر في قاعدة استمرارية سريان القانون القديم على العقود المبرمة في ظلها. ويلاحظ استجابة المشرع لهذا الاتجاه، حيث يبـدي ميلا واضحا لسريان القانون بأثر فوري على العقـود الجاريـة والمبرمـة في ظل قـانون سابق ملغى.

تأصيل سريان الأثر الفوري للقانون على العقود الجارية:

يسوق الفقه عدة حجج لتفسير الأثر الفوري للقانون على العلاقـات الجاريـة، تكشف عن مدى التخلي عن مبدأ سلطان الإرادة[43]. فهناك حجة مستقاة من مفهوم النظام العام في إطار سياسـة التوجيـه الاقتصادي. ومبنى هـذا النظر، أن تطـابق العقد مع النظام العام يتم تقديره، كمبدأ عام، على مـدى حياة العقـد، فليس يكفي أن العقد وقت تكوينـه متفقا والنظـام العام، ولكن من المتعين أن يظـل كذلـك حتى وهو ينتج آثاره.

ويقـال، إن مبدأ سـريان القـانـون القـديم على العقـود هـو سمـة الأنظمـة السياسية المحافظة، حيث يكون هناك تقاعس عن إجراء إصلاحات جذرية، ويكتفي

---

(41) راجع: د/مجدي خليل، المرجع السابق، ص 336.

(42) راجع: جستان ـ نظرية العقد، 107 و 108.

(43) راجع: د/مجدي خليل ـ التوجيه الاقتصادي، ص 336 وما بعدها.
د/ حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص 370 وما بعدها.
د/مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 561 وما بعدها.

Malaurie: l'ordre public et le contrat, 1953, No= 81 ets

Roubier: le Droit transitoire, paris 1960, No= 83 ets.

بحلول تلفيقية لمواجهة الحاجات الجديدة. اما مبدأ التطبيق الفوري للقانون الجديد، فهو ـ على العكس ـ مبدأ يتفق ونظام تشريعي إصلاحي يزمع استحداث نظام جديد. والساحة المثلى لمثل هذا النظام، هي ساحة التوجيه الاقتصادي، ذلك ان تنوع المراكز يكون مخالفة للنظام الضروري لمباشرة الدولة مهام التوجيه الاقتصادي.

وجدير بالذكر في هذا الصدد، ان محكمتي النقض في كل من مصر وفرنسا قد اتخذتا موقفا مغايرا فيما يتعلق بسريان القانون الجديد على العقود المبرمة قبل سريانه في مسألة الفوائد الاتفاقية. فهذه مسألة تتصل بالسياسة الاقتصادية، تنتهجها الدولة في مجال الائتمان تشجيعا او تقليصا في ضوء معطيات اقتصادية معينة تتعلق بحالة التضخم وما يراد اتباعه من سياسة لتشجيع الاستثمارات او انكماشها.

ففي فرنسا ـ إذ كانت الأزمة الاقتصادية محتدمة وتعمل الدولة على الحد من التضخم ـ صدر مرسوم في عام 1935م يخفض من سعر الفوائد الاتفاقية. وعرض الأمر على محكمة النقض الفرنيسة بالنسبة لعقود مبرمة في ظل قانون سابق على المرسوم المشار إليه، فحكمت المحكمة بعدم تخفيض سعر الفائدة الاتفاقية إلى الحد الذي استحدثه مرسوم 1935م. وكان أن قوبل هذا القضاء بنقد شديد من جانب الفقه الفرنسي.[44]

وعلى خلاف هذا النظر، صدر التقنين المدني المصري الجديد في عام 1948م نُص في المادة 227 فقرة اولى منه على أن «يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد، سواء أكان ذلك في مقابل تأخير الوفاء أم في أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد، على الا يزيد هذا السعر عل سبعة في المائة. فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر، وجب تخفيضها إلى سبعة في المائة وتعين رد ما دفع زائدا على هذا القدر». ولما كان نص القانون الجديد يتضمن تخفيضا لسعر الفوائد المقرر في القانون الملغى، فإن محكمة النقض المصرية أعملت ومنذ مرحلة مبكرة (حكم صادر بجلسة 1953/5/21م) سعر الفائدة الجديد وطبقته على العقود المبرمة في تاريخ سابق على صدور تقنين سنة 1948م.

---

(44) راجع: على سبيل المثال:

Frajat: l,ordre public économique, op.cit, P 485.

على أنه يتعين ملاحظة ما يشير إليه البعض[45] من اختلاف مفهوم النظام العام تبعا للمجال المستخدم فيه. ذلك أن فكر النظام العام في مجال التنازع الزمني للقوانين لا تتطابق بالضرورة مع فكرة النظام العام كمعيار للتفرقة بين القاعدة الآمرة والقاعدة المكملة. ففي الفرض الثاني، تستعمل الفكرة بقصد تغليب القاعدة المتعلقة بالنظام العام على إرادة الأفراد. أما في مجال تنازع القوانين، فهي تستعمل بغرض تفضيل القاعدة المتعلقة بالنظام العام على إرادة سابقة للمشرع.

يضاف إلى ذلك، القول بأن استمرار العمل بالقانون القديم قد يكون غير فعال وغير مطبق. فالقانون القديم يصبح منعزلا ومحاصرا بالقانون الجديد الذي يعبر عن إرادة القوى الاجتماعية. ويبدأ تيار الانحياز للقانون الجديد الذي يبدأ في تخطي قواعد تنازع القوانين من حيث الزمان ويتسع نطاقه على خلافها.

نظرية (روبييه) في التفرقة بين المركز العقدي والنظام القانوني:[46]

يرى (روبييه) أن الطابع «اللائحي» للقانون - وليس طابعه كنظام عام - هو الذي يقدم الحل للتنازع الزمني للقوانين في المجال التعاقدي بدليل أن محكمة النقض الفرنيسة في المثال الذي تقدم ذكره، رفضت تخفيض الفوائد الاتفاقية نزولا عل حكم التشريع الجديد.

يضرب الأستاذ (روبييه) مثالا للفارق بين النظام القانوني والمركز العقدي، فالفوائد «الاتفاقية» التي يرتضيها الأطراف تندرج في المراكز العقدية، أما حين ينص القانون على سعر فائدة «قانونية» فإن ذلك يتصل بالمركز القانوني للائتمان وليس بشروط اتفاقية، ومن ثم فإنه حيث ينص القانون الجديد على سعر للفائدة «القانونية» يسري هذا النص على العقود الجارية وإن ابرمت في تاريخ سابق على القانون الجديد. أما حيث يتعلق الأمر بسعر فوائد اتفاقية، فإنه - وكما ذهبت محكمة النقض الفرنسية - لا يسري حكم القانون الجديد على العقود السابقة على نفاذه.

على ذلك، فالقاعدة أن النصوص الجديدة المتعلقة بمراكز قانونية تسري حتى على العقود الجارية السابقة عليها، بعكس الحال بالنسبة للنصوص المتعلقة

---

(45) راجع: د/حسام الدين الاهواني - اصول القانون، ص 371.

(46) راجع: روبييه، المرجع السابق، ص 423 وما بعدها.

بالمراكز العقدية. ويكون معيار تحديد ما إذا كنا بصدد مراكز عقدية أو نظام قانوني، ليس بالرجوع إلى «الشكل» أي إلى وجود العقد أو انتفائه، وإنما بفحص «الموضوع» أي تبعا لما إذا كنا بصدد مسألة متروك تنظيمها لسلطان الإرادة أم مسألة محكومة بمجموعة من القواعد القانونية التي تتمتع باستقلال واتساق ملحوظين، أي ينطبق عليها وصف النظام القانوني. والتصرفات الصادرة في نطاق النظام القانوني لا يسوغ النظر إليها على أنها تصرفات مستقلة ناشئة من الإرادة الحرة للأطراف، وإنما يكون دور الإرادة بالنسبة لها هو دور المحرك لترتيب الآثار القانونية المقررة. من ذلك عقد الزواج مثلا، فآثاره لا تتوقف على ما يتفق عليه طرفا الرابطة الزوجية، وإنما يكون ترتيب تلك الآثار نابعا من النظام القانوني للزواج ذاته، ويكون دور العقد هو مجرد الواقعة التي حركت ترتيب تلك الآثار.

لذلك، قيل بحق بصدد القانون الجديد الصادر في الجماهيرية بتاريخ 1984/4/19م بشأن الزواج والطلاق، إن ما تضمنه من احكام مستحدثة مثل ان الطلاق لا يتم إلا باتفاق الزوجين أو بحكم القاضي، تسري على عقود الزواج المبرمة قبل صدور ذلك التشريع.[47]

فهذه المراكز، تتحدد بمقتضى القانون وحده ومباشرة بالرغم من استنادها لعقد من العقود. ومن ثم، فإن هذه المراكز لا تختلف باختلاف العقود حيث تكون وحدتها مفروضة بالقانون. ففي مثال عقد الزواج، نجد أن المشرع هو الذي يحدد شروط الزواج وأثاره دونما اعتداد بارادة الأفراد، ويقتصر دور إرادة الأفراد على مجرد الانضمام إلى نظام الزواج. ومركز الزوجين بذلك يتعلق بنظام قانوني موحد، ومن ثم يكون من الطبيعي أن يسترد القانون الجديد سلطانه المباشر.[48]

يستخلص بعض الفقه[49] من طبيعة النظام الجماهيري، وما يقوم عليه من ديمقراطية مباشرة تباشرها الجماهير من خلال المؤتمرات الشعبية، حجة إضافية للقول بسريان القانون بأثر فوري. فيقال، إن الاستثناء من الأثر الفوري لا مبرر له إذا كانت العقود التي يراد شمولها به قد أبرمت في ظل قانون ظالم يغلّب مصلحة القوي على الضعيف، ويشرّع الاحتكار والإذعان والاستغلال. فإذا كان القانون الجديد قانونا عادلا يلغي الاستغلال ويحقق العدالة، فإن تطبيقه بأثر فوري ومباشر

(47) راجع: د/ عبد السلام علي المزوغي ـ نظرية القانون، ص 314.

(48) راجع: د/حسام الدين الاهواني، المرجع السابق.ص373.

(49) راجع: د/عبد السلام علي المزوغي، المرجع السابق، ص 315.

حتى على الروابط العقدية، يصبح أمرا تفرضه الضرورة والمصلحة العليا في المجتمع في أن تكون المعاملات بين مؤسساته وأفراده على حد سواء تقوم على أساس العدالة والحق والمساواة، وهذا من مقتضيات تطبيق القواعد الطبيعية التي تقود إلى سيادة القانون العادل. على أن تدخل المشرع قد يتخذ صورا أخرى منها:

1 ـ بطلان شرط الذهب:

يحدث عند التعاقد، وبالأخص بالنسبة للعقود التي تمتد في الزمان أن تتعرض قيمة الأداءات المتفق عليها لتقلبات شديدة تخل من توازن التزامات طرفي العقد. وتوقيا لهذا الاحتمال، يلجأ بعض المتعاقدين إلى تضمين العقود شروطا تنص على استيفاء حقهم ذهبا أو بما يعادل قيمة الذهب، بدون النظر إلى مقدار العملة الذي تم التعاقد عليه[50]

كان هذا الشرط شائعا بالأخص في فترات الأزمات الاقتصادية، مما حدا المشرع في عديد من الدول إلى التدخل للنص على بطلانه. من ذلك، نص المادة 134 من التقنين المدني الليبي بأنه «إذا كان محل الالتزام نقودا، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد من دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر». ويترتب على ذلك أن المدين يلتزم بأداء المقدار المتفق عليه من النقود، سواء ارتفعت قيمة النقود أم انخفضت.

ويترتب على هذا التدخل التشريعي الذي حظر شرط الذهب وما شابهه من شروط تتوقّى تقلبات قيمة النقود تعديلا في عنصر أساسي في العقد. ومع ذلك، من المسلم به سريان هذا التعديل التشريعي على العقود السابقة على صدوره.

من ذلك أيضا، ما حكم به في فرنسا بالنسبة لعقود العمل الفردية المخالفة لشروط اتفاقات عمل جماعية لاحقة عليها، حيث يُجرى تعديل العقد السابق على مقتضى الاتفاق الجماعي اللاحق.

وفي 1977/7/19م، صدر قانون في فرنسا بشأن «الاقتصاد في الطاقة» وتضمن أحكاما تنص على أن تدرج ضمن الشروط العامة لعقود استغلال الطاقة للتدفئة. ونص هذا التشريع على جواز اللجوء إلى القضاء بطلب إعادة النظر في

---

(50) راجع: د/عبد الرزاق السنهوري ـ الوسيط، الجزء الأول، ص 523.
جستان ـ نظرية العقد، ص 109.

عقود التدفئة في حالة امتناع أحد المتعاقدين عن الالتزام بالضوابط العامة التي نص عليها القانون الجديد، وإدارجها في العقد المبرم في تاريخ سابق على صدور تشريع الاقتصاد في الطاقة.

وبتاريخ 1989/12/31م، صدر في فرنسا تشريع يواجه حالة زيادة مديونية الأفراد. وقد انطوى هذا التشريع على احكام تمس بصورة جذرية آثار العقد، وتنيط بلجنة إدارية أو بالمحكمة صلاحية إعادة تسوية حالة مديونية المدين المتعثر من دون الالتفات للالتزامات الاصلية الناشئة من تعاقداته مع دائنيه وذلك بهدف إقالته من عثرته.

2 ـ المساس بالقوة الإلزامية للعقد من جانب القاضي:

قد يخول المشرع المحكمة سلطة تعديل الالتزامات الواردة في العقد، حيث تدعو مقتضيات العدالة أو الاعتبارات الاقتصادية أو غيرها إلى تخويله تلك السلطة.

ومثال ذلك، ما تنص عليه المادة 149 من التقنين المدني الليبي من أنه «إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك».

وكان المشرع قد استحدث في المادة 147 النص على «نظرية الظروف الطارئة» وهي تخول القاضي في حالة طروء حوادث استثنائية عامة تجعل تنفيذ التزام المدين مرهقا، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين. وأورد المشرع تطبيقا لجواز إنقاص الالتزام الذي أصبح مرهقا، جواز تخفيض التعويض في الشرط الجزائي إذا تبين عند تنفيذ العقد أن التعويض المتفق عليه يزيد كثيرا على الضرر الذي وقع فعلا، وهذا ما نصت عليه المادة 227 فقرة ثانية.

وأوردت المادة 657 فقرة 4 مدني حالة اخرى، حيث تقضي بأنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة، جاز للقاضي ان يحكم بزيادة الأجر او بفسخ العقد.

يضاف إلى الفروض المتقدمة، ما تؤكده الممارسة القضائية من أنه - تحت ستار تفسير العقد - يحدث أن يضيف القاضي إلى العقد شروطا ضمنية لم يكن الأفراد قد اتجهت إرادتهم إليها، بل لعلهم يكونون قد استبعدوها.[51]

على أن ما يهم إبرازه في شأن سلطة القاضي في تعديل مضمون العقود أو أثارها، ما يتصل بتلك السلطة في مجال تطبيق مقتضيات التوجيه الاقتصادي.

القاضي ومقتضيات التوجيه الاقتصادي:[52]

إن إضفاء الطابع الاشتراكي على الحقوق الخاصة، لا يتحقق إلا من خلال اشتراكية التصرفات القانونية التي تتم بها ممارسة تلك الحقوق. والنص الذي يكرس خضوع الحقوق الخاصة لمصالح المجتمع العامة، يجب أن يكون له - كنتيجة لازمة فى مجال التصرفات القانونية - نص آخر يكرس خضوع الإرادات الخاصة للمصالح العامة ذاتها. وهنا، يكون التساؤل عن مضمون «المصالح العامة للمجتمع».

تأتي الإجابة بأنه مضمون اقتصادي أولا، ذلك أن العقود يجب ألا تمس المصالح الاقتصادية العامة التي تعبر الخطة عنها. من ثم، يدور القانون التعاقدي في فلك الخطة، ويكون على عقود المنشآت العامة والخاصة على حد سواء أن تتطابق وإياها.

ومراقبة العقود مع الخطة، لا يتم من خلال التحقق من تطبيق نص محدد في الخطة. ذلك أن الغالب أن تكون عباراتها عامة ومجردة، كأن تنص على هدف تحسين زراعة محصول معين، أو إقامة منشآت معينة. فالخطة - باستثناء الحال في الدول الماركسية - لا يكون لها الطابع التفصيلي والآمر، ولا توجد إجراءات إدارية منظمة تجسدها ترتدي ثوب «قرارات الخطة» كما هو الحال في الاتحاد السوفييتي مثلا. ومن هنا، يكون على القاضي أن يصدر أحكامه مستوحيا مقتضيات الخطة والبرامج المكملة لها، بحيث تحقق العقود المصالح الاقتصادية العامة وإن انطوت على المساس بالآثار التي حددتها الأطراف المتعاقدة في عقودها.

---

(51) راجع: سافاتييه، المرجع السابق، ص 143.

(52) راجع: د/مجدي خليل، المرجع السابق، ص 223.

Ripert(G): le régime démocratique et le droit civil moderne, Paris 1949, No-142.

وهذا الدور المنوط بالقاضي القيام بـه يلقى معارضـة من بعض الفقه، حيث أبدى شكه في قدرة القاضي على التصدي للقضايا الاقتصاديـة وتقديـر أبعادهـا. ويقول (ريبير) إنه إذا كان القاضي ـ شأن أي إنسان ـ يحوز ثقافة تسمـح له بـأن يحكم على الاتفاقات المخالفة للاداب العامة، إلا أنه من المشكوك فيه أن تتوفر لـه المعلـومات الكـافية التي تسمـح له بتقـدير أهميـة اتفاق مـا في مجال العـلاقـات الاقتصادية، فهو لا يمكنه أن يكون خبيرا اقتصاديا.[53]

غير أنه ليس من شك في أن المحكمة تستطيع تعويض الخبـرة الاقتصاديـة بالاستعانة بمن يكون هناك حاجة للاستعانة بهم من أهل الخبرة، وقـد يصل الأمـر إلى إضافة عنصر اقتصادي إلى هيئـة تشكيل المحكمـة. والملاحظ أن الاعتـراض السابق كان له أثر في بلد مثل فرنسا، حيث أحجمت المحاكم ـ على رأسها محكمة النقض الفرنسية ـ عن الاعتـراف لنفسها بحق مـراجعة العقـود أو الأخذ بنظـرية الظروف الطارئة في مجال العقود المدنيـة. بيد أنـه في المرحلـة الراهنـة، يبدو أن هناك اتجاها ملموسا صوب الاعتـراف للقاضي ببعض هـذه الصلاحيـات، وصدرت في الآونة الأخيرة تشريعات رسـخت هذا الاتجـاه، يضاف إلى المظـاهر المتقـدمة لأفول مبدأ سلطان الإرادة، ما يلاحظ من انكماش مبدأ الأثر النسبي للعقود.[54]

3 ـ انكماش مبدأ الأثر النسبي للعقود:

الأصل ـ وفقا لمبدأ سلطان الإرادة ـ إن العقـد لا يلزم إلا أطـرافه (المـادة 14 مدني). إلا أن الحياة الحديثة أفرزت صورا متعـددة من التصرفـات القانـونية التي ترتب آثارا تتجاوز دائرة الأطراف المتعاقدة وحدها.

فمن جانب، اكتسب نظام النيابة ابعاداكبيرة بالأخص في تسيير الأشخـاص المعنوية، وانصرفت آثار تصرفات هؤلاء النـواب إلى غير المتعـاقدين ممن تتصـل مصـالحهم بتلك الأشخـاص المعنويـة. ومن جانب آخـر، شاعت صيـغ جديـدة من التصرفات القانونية، مثل حوالات الحقوق والديون والاشتراط لمصلحة الغيـر، وهي كلها صيغ يتعـذر وصفها بـأنها تعـد تطبيقا لمبـدأ الأثر النسبي للعقـد، مما حـدا بالبعض إلى القول بأن العقود أضحت أقرب إلى «الوقائع الاجتماعية» التي تفـرض وجودها على الأطـراف والغير على حـد سواء. ولعـل صيغة «العقـود أو الاتفاقـات

---

(53) راجع: جستان، المرجع السابق، ص 112.

(54) راجع: جونو، المرجع السابق، ص 178.

الجماعية» التي تكون ملزمة لما يعقد بعد ذلك من عقود فردية، تدل على مدى تخلف مبدأ الأثر النسبي للعقد عن التطور الذي حدث على صعيد النظرية العقدية، سيما وأن هذا النمط من الاتفاقات الجماعية تزداد شيوعا.

على ان التحدي الكبير الذي واجهه مبدأ سلطان الارادة تمثل في النظام القانوني الاشتراكي، لا سيما ذلك الذي قام في البلاد التي كانت تسمى بلاد ماركسية وتبدو اليوم في مفترق الطرق بين النظامين الماركسي والراسمالي.

مبدأ سلطان الإرادة والنظام القانوني الاشتراكي - تأصيل الحرية العقدية في الفكر الماركسي:

يعد الفقيه الفرنسي (جونو) من الفقهاء الرواد الذين كشفوا زيف النظرية الليبرالية حول سلطان الإرادة. وكان ذلك منذ ان سطر في عام 1912 رسالته المقدمة إلى كلية حقوق (ديجون) عن «مبدأ استقلال الإرادة في القانون الخاص». ويوجه (جونو) سهام نقده إلى المذهب الفردي التقليدي، ويسجل عليه أنه تغافل أمرا جليا، وهو ان العقد شأن اي ظاهرة قانونية هو حدث أو واقعة اجتماعية، وأن الإرادة الفردية لا يمكن ان ترتب أثارا إلا إذا اكتسبت طابعا اشتراكيا، اي إذا اندرجت في المحيط الاجتماعي وأذعنت لنواميسه. ومن ثم، فبدلا من الاعتداد بالعامل النفساني الذاتي وحده، يتعين كذلك أن تراعى في نظرية التصرف القانوني عناصر اخرى موضوعية اجتماعية ازدادت اهميتها في الوضع الراهن لحضارتنا بحيث أصبحت بديلا من العنصر النفساني المتداعي[55]. وهو الأمر الذي دعا فقيها فرنسيا آخر إلى القول بأن التجربة تدلنا على أن الإرادة الذاتية للأفراد لم تعد هي مصدر القانون التعاقدي بقدر ما هو القانون ذاته.[56]

وتعميقا لهذا النقد، جاء التيار الماركسي مستندا إلى فلسفة المادية التاريخية ليشيد عليها حتمية صارمة تقيد إرادة الفرد، وتربط بين هذه الإرادة ومصير الإنسان وبين نموه الاقتصادي. فالإنسان الذي يظن نفسه حرا، هو في حقيقته محكوم بعوامل اقتصادية، فهي وحدها التي تصنع التاريخ. وتبدو الحرية التعاقدية من قبيل الوهم، فضلا عن كونها مدانة خلقيا بوصفها مسؤولة عن استغلال الإنسان للانسان. على هذا النحو، يشير بعض الفقه إلى أن الحرية

---

(55) راجع: Villey (M): Essor et décadence volontarisme juridique, A.P.D, 1957, P 95.

(56) راجع: د/فتحي عبد الله، المرجع السابق، ص 157.

العقـدية أنكـرتها الايـديولـوجية المـاركسية في بـادىء الأمر من زاويـة الحتميـة الاقتصادية، ثم أدانتها بوصفها مصدرا لا يحتمل للظلم الاجتماعي.[57]

هـذا التحليل المـزدوج كان يقـود بالضـرورة إلى المناداة بـاضفـاء طـابـع اجتماعي على العقد، وإلى إزالة الحرية الوهمية للعقد لإنجاز المآل الحتمي للمادية التاريخية.

صفوة القول وطبقا لهذا الايديولوجية، ينحصـر دور الإرادة في كونهـا مجرد تقنية تساعد على تحريك قواعد القانون الموضوعي المقررة سلفـا لإنجاز الأهـداف الاجتماعية.

وقـد مر التقنين المـدني بعدة تطـورات سايـرت الأحـداث على الصعيـدين السياسي والاقتصادي، فكان لها انعكاسها على مفاهيم ذلك القانون.

ففي عام 1922م صدر أول تقنين مـدني، وكان ذلـك إبان تطبيق «السيـاسة الاقتصـادية الجـديدة» وهي سيـاسة شكلت في ذلـك الحين انتكاسـة عن مبادىء التطبيق الاشتراكي وعودة لقواعد الملكية الخاصة والنشاط الخاص، فجاء التقنين المدني مواكبا هذه الاتجاهات. وقيـل، إن «السياسـة الاقتصاديـة الجديـدة» تمثل استقلال الاقتصاد الفردي للفلاحين وحقهم في التصـرف في ناتـج عملهم، وكذلـك السوق الحرة لتبادل المنتجات الصناعية مقابل المحاصيل الزراعية، أي هي حـرية التجـارة الـداخليـة وحـريـة النشـاط الخـاص بـالأقـل إلى حـد معـين. في بـادىء الأمـر، اقتصـر مجـال تقنين سنـة 1922م على العـلاقـات بين الأفـراد، أي على دائـرة الاقتصاد الفردي، في حين كانت دائرة الاقتصاد الاشتراكي محكـومة بـالقانـون العام.

من هنـا، صدر هـذا التقنين المـدني على غـرار التقنينـات البـرجـوازيـة وبـالأخص التقنين المـدني الألماني والتقنين المـدني السـويسـري، وقـال الفقيـه الفـرنسي (كابيتان) تعليقا على ذلك: إنه طالما كان نظام العقد قـائما، فمن المتعين أن يتـرك للأفراد سلطة أن يوائموا ما يبرمونـه من اتفاقـات مع حـاجاتهم المتبـادلة. وخلص الفقيـه الفرنسي إلى القـول بوجـود مبدأ سلطـان الإرادة في القانـون السـوفييتي للعقود وإن اندرج داخل حدود ضيقة.

---

(57) راجـع: Eliachevitch (B): le droit contractuel dans le système du droit soviétique. R.T.D.C, 1948, PP 403 ets.

ولكن في نهاية العشرينات، قرر (ستالين) إنهاء «السياسة الاقتصادية الجديدة» والعودة إلى التطبيق الاشتراكي الصارم وإلغاء النشاط الاقتصادي الخاص، فلم يعد هناك مجال لقانون تعاقدي يرتبط بذلك النشاط. واقتصر الأمر على قيام الجهات الإدارية ومنشآت الدولة على إجراء التصرفات القانونية اللازمة لتنفيذ الخطة الاقتصادية الجارية.

على أن المشرع السوفييتي أخذ بنظام الحساب الاقتصادي الذي يعكس إلى حد ما الاستقلال الاقتصادي للمنشآت. ونصت المادة 19 على الاعتراف لها بالشخصية القانونية، ولجأ المشرع السوفييتي إلى تبني نظام العقود في تنظيم العلاقات ما بين المنشآت. وأصبح العقد أسلوبا يتحقق بموجبه الحساب الاقتصادي واستقلال المنشآت. وذكر (مولوتوف) في هذا الصدد أن العقد هو أفضل وسيلة للالتزام بالخطة واحترام مبدأ الاستقلال المالي للمنشآت، فهو أداة التوفيق بين المتطلبات الآمرة للخطة وضرورة الاستقلال المالي الناشىء من الحساب الاقتصادي الضروري.[58]

وتأكد هذا النظر بصدور مرسوم في عام 1931م يقضي على أن كافة المعاملات بين المنظمات الاقتصادية يجب أن تتم بأسلوب «العقد» وذلك دعما للروابط التعاقدية بينها. واتسم القانون المدني السوفييتي بسمة أساسية تمثلت في أن العلاقات بين أطراف يتبعون جهة واحدة (الدولة) وتسيرهم إرادة واحدة (الخطة) تكون محكومة بالقانون المدني، أي أن التمييز بين العقود الإدارية من جانب والعقود المدنية من جانب آخر أصبح غير ذي قيمة[59]. وقيل، إن القانون المدني السوفييتي ينظم الروابط «الأفقية» المبنية على المساواة بين الأطراف، في حين يتناول القانون الإداري الروابط «الراسية» أو المبنية على علاقات التبعية بين الأطراف.

وفي إطار الظروف المتقدمة، يكتسب مفهوم سلطان الإرادة مضمونا خاصا مغايرا لمضمونه الليبرالي. ذلك أن العقد في التقنين المدني السوفييتي على حد تعبير الفقيه (ريبير) منصوص عليه من قبيل التسامح بمراعاة أن المشرع الاشتراكي لا يستطيع أن يتوقع كل شيء. وذلك يعني، أن الإرادة الحرة والحرية التعاقدية لا يلعبان إلا دورا محددا سلفا من جانب المشرع لا يجوز لهما تجاوزه.

---

(58) راجع: د/فتحي عبد الله، المرجع السابق، ص 118.

(59) راجع: Bellon, le droit sovietique, P.U.F., 1960, P.7

وقد تأكد هذا النظر في التشريعات المدنية اللاحقة، سواء بالنسبة لأسس التشريع المدني الصادرة في سنة 1961م، أم في التقنين المدني لجمهورية روسيا الصادر عام 1964م. فمن الواضح، إن العقد والإرادة فيهما اقرب إلى الوسيلة التقنية لإنجاز قرار الخطة لإقامة المجتمع الشيوعي. ومن هنا، يخلص البعض إلى القول بأن مبدأ سلطان الإرادة لا يلعب دورا في هذا النظام حتى ولو تركت بعض الحرية للمبادرة الفردية في الوحدات الاقتصادية المختلفة.[60]

غير أن بعض الفقه الماركسي لا يسلم بهذا النظر، ويعتبر ان مبدأ سلطان الإرادة يعد الركيزة التي يقوم عليها صرح الالتزامات في التقنيات الاشتراكية.[61]

ويشير انصار هذا النظر، إلى أن القنينات المدنية الاشتراكية وإن خلت من نص صريح على مبدأ الحرية العقدية، إلا انه امر يستفاد من مجموع التقنين. من ذلك مثلا، إنه لا ينظر إلى العقود المسماة الورادة في التقنين بوصفها التعاقدات الوحيدة المسموح بها، وإنما تحفل الممارسة العملية بعديد من العقود غير المسماة وذات التركيب المختلط. على ان حرية التعاقد ـ فيما يرى انصار هذا الراي ـ يجب أن تباشر على نحو يشجع إنجاز الأهداف الاجتماعية والاقتصادية التي تكون لها الأولوية، وتتفاوت تلك الحرية تبعا للمجال التعاقدي ذي العلاقة.

ففي مجال التبادلات الاشتراكية، تضيق حدود الحرية. ويكوّن القانونان الإداري والمالي المصدرين الأساسيين لهدا التقييد بما يتضمنه كل منهما من قواعد تحكم الشؤون المالية والإدارية للوحدات الاقتصادية، على عكس الحال بالنسبة للمعاملات الخاصة المحضة.

ومع ذلك، يتضمن التقنين المدني بعض القيود التي تحد من الحرية التعاقدية. ومثال ذلك، حظر النص على أي تحديد اتفاقي للمسؤولية التقصيرية، واستبعاد المسؤولية التعاقدية عن الخطأ العمدي، ووضع الشروط العامة والعقود النموذجية التي تقررها الجهات المعنية، فيكون على الوحدات المتعاقدة ان تتقيد بها.

---

(60) راجع: د/فتحي عبد الرحيم عبد الله، المرجع السابق، ص 161.

(61) راجع: Letwska(D), Piatowski(J): Introduction au code civil de la République Populaire de Pologne, Institute de l'Etat et du droit, Académie Polonaise des scinces, Varsovie 1980, PP 68 ets.

وعلى سبيل المثال، تنص المادة 384 من القانون المدني البولوني على هذه الشروط، وهي تعد جزءا مكملا للتقنين المدني، وبمثابة القرارات التنفيذية له. وقد صدرت بالتطبيق لهذه المادة عشرات من الشروط العامة تنظم عقود بيع السلع المختلفة، وعقد الاستثمار، ونماذج العقود المبرمة بين وحدات الاقتصاد الاشتراكية والأشخاص الطبيعية. وبالنسبة للعقود الأخيرة، يكون الهدف المعلن هو حماية المستهلك وبالأخص في مجال المسؤولية عن عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي للالتزامات، او المسؤولية عن العيوب.

كما يتضمن التقنين المدني الماركسي نصوصا تنشىء التزامات على الأطراف بالتعاقد، ويكون هذا الالتزام قابلا للتنفيذ بموجب حكم قضائي أو بموجب قرار من هيئة التحكيم. ويقوم هذا الحكم او القرار مقام التعبير المطلوب عن الإرادة. (تراجع على سبيل المثال المادة 64 من التقنين المدني البولوني).

ويُجرى تأصيل هذا المبدأ استنادا إلى النص الوارد في غالبية التقنينات المدنية الاشتراكية الذي يقضي بأنه ـ في نطاق المعاملات الاشتراكية ـ يتعين على وحدات الاقتصاد الاشتراكي أن تتعاون فيما بينها عند إبرام العقود وتنفيذها بمراعاة الواجبات الملقاة عليها بموجب الخطط الاقتصادية، وكذلك توخيا للفعالية الاقتصادية للانتاج، وصونا للاقتصاد القومي من الخسائر. (راجع مثلا، المادة 386 من التقنين المدني البولوني).

أما فيما يتعلق بالمعاملات بين وحدات الاقتصاد الاشتراكي والأفراد، فإن الالتزام بابرام العقد يستخلص من النشاط المنصوص عليه في لوائح تلك الوحدات. وتكون هناك لوائح تنظم علاقات الوحدات الاشتراكية مع الأفراد، وتنص صراحة على التزامها بابرام التعاقدات مع عملائها وتقديم الخدمات إليهم.

والمستفاد من مقارنة التنظيم الفائت للروابط التعاقدية في بلاد الأنظمة الماركسية ونظيره في الدول ذات التقليد الليبرالي، أن هناك ظاهرة مشتركة تتفاوت في درجتها ومداها تقطع بأن مبدأ سلطان الإرادة لم يعد ذلك الكوكب المتألق في سماء العلاقات التعاقدية. فقد ولى عهد العقد الفردي الذي عرفه القرن التاسع عشر، أي العقد الذاتي المحض الذي هو من صنع إرادة أطرافه، وبرزت عناصر موضوعية يحدّدها المشرع مباشرة أو بترخيص منه في الرابطة التعاقدية.

ويقال، إن العقد الحديث يكتسب طابعا «موضوعيا» ولم يعد مجرد إرادتين

تتشاوران بحرية، وإنما هو ثمرة تعاون هذه الإرادات مع القانون، أي تعاون عنصر ذاتي يمثله رضا الأطراف، وعناصر موضوعية تتحصل فيما يضعه المشرع من أنظمة.[62]

*

(62) راجع: د/مجدي خليل ـ التوجيه الاقتصادي، المرجع السابق، ص 241.

الفصل الثاني

النظرية الجماهيرية ومبدأ سلطان الإرادة

حذا المشرع الليبي في التقنين المدني حذو المشرع المصري في الاخذ بمبدأ سلطان الإرادة كأصل عام. وتنص الفقرة الأولى من المادة 147 من التقنين المدني الليبي (تقابل المادة 147 من التقنين المدني المصري) على أن «العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون».

ويوضح الأستاذ/ السنهوري مسلك المشرع في هذا الصدد فيسطر[1]: وقف التقنين الجديد من مبدأ سلطان الإرادة موقفا معقولا، فلا هو انتقص منه إلى حد أن جعله يغني عن سلطان المشرع وسلطان القاضي، إذ لا يزال الأصل أن الإرادة حرة تحدث من الآثار القانونية ما تتجه إلى إحداثه، ولا هو تركه يطغى فيستبد بانشاء العلاقات القانونية وبتحديد آثارها دونما نظر إلى المصلحة العامة وإلى مقتضيات العدالة. ويضيف الأستاذ/ السنهوري، لا يزال الفرد حرا في أن يتعاقد، ولا تزال إرادته هي التي تنشىء العقد، وهي التي ترتب آثاره، فيتم العقد بمجرد

(1) راجع: د/ عبدالرزاق السنهوري ـ الوسيط، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 103 و 126.

أن يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتين متطابقتين، فإذا تم فهو شريعة المتعاقدين.

والبادي، إن هذه النظرة إلى دور الإرادة وسلطانها أصبحت راسخة في الفكر القانوني العربي، فنصادفها في مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد في صياغة مختلفة.

تنص المادة 240 من المشروع على أن:

1 ـ العقد الصحيح النافذ المنجز يثبت حكمه الأصلي ويتحقق فور انعقاده بحكم القانون دونما توقف على القبض أو غيره، ما لم ينص القانون على خلافه.

2 ـ أما الحقوق التي ينشئها العقد فتثبت فور انعقاده أيضا، ويجب على كل من الطرفين تنفيذ ما أوجبه العقد عليه منها.

على هذا النحو، يكون الأصل هو حرية الإرادة في ترتيب ما تشاء من آثار قانونية، والتزام الأطراف المتعاقدة بما اتجهت إليه إرادتهم.

وصادف هذا المبدأ تطبيقا في القضاء الليبي، وأكدته المحكمة العليا في عديد من أحكامها.

من ذلك ما قررته من «انه من المعروف بداهة أن العقد شريعة المتعاقدين، ولكل طرف فيه أن يشترط من الشروط ما يراه محققا لمصلحته، ولا يقيد حريتهما في هذا الخصوص سوى ألا يكون الشرط مخالفا للنظام العام أو الآداب، وإلا يعود مضمونه بالنقض على العقد نفسه، وفيما عدا ذلك يكون الشرط صحيحا ومقبولا. ولما كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن المطعون ضده قد اشترط على الطاعن عدم إحداث أي تغيير في العين المؤجرة إلا بموافقة المالك كتابة، فإن على الطاعن الذي قبل هذا الشرط أن يتقيد به، وليس له أن يحدث بالعين المؤجرة حاجزا بالبناء فيها، إذ أن ذلك محظور عليه بمقتضى العقد الذي ارتضاه، وليس ذلك من الأمور الضرورية لتأدية الغرض المقصود من تأجير المحل ليكون مخبزا، بل يعد ذلك من التحسينات الزائدة عن أصل الغرض، وكان بامكانه إذا شاء أن يقيم حاجزا من خشب او زجاج أو نحوه مما تسهل إزالته بدون ضرر، وليس باقامة جدار فاصل لجزء من العين المؤجرة، إذ الضرر في هذه الحالة مفروض ما دام المؤجر قد اشترط عدم التغيير في العين صراحة».[2]

وحكم بأن «العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا لسبب من الأسباب التي يقررها القانون. ويكون لكل من المتعاقدين الحق في طلب تنفيذه

---

(2) راجع: حكم المحكمة العليا، طعن مدني رقم 23/83ق صادر بجلسة 1978/4/12م، مجلة المحكمة العليا، س 14، اكتوبر 1978م.

طبقا لما اشتمل عليه، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النيـة ولا يتأثـر بالسكـوت عن ذلك اثناء سير الدعوى».[3]

الضوابط التي تحكم سلطان الإرادة

كمـا يشير الاستـاذ/ السنهوري، وعلى نحـو ما تقـدم بيـانـه في المبـاحث السـابقة، اقتـرن الاخذ بمبـدأ سلطان الإرادة في التقنين المـدني بوضـع ضوابط تحول دون طغيان تلك الإرادة.

وتلازم هذه الضوابط العقود عند تكوينهـا، حيث كان النص في المـادة 129 على عيب الاستغلال، وفي المادة 149 على حـالة الغبن في عقـود الإذعان، فقيـد المشـرع من سلطان الإرادة على نحـو يرفـع الغبن الـذي لحق الطـرف الضعيف، فجرد المشرع الإرادة من اثرها في حالة الاستغلال، وخول القاضي تعديـل شروط عقد الإذعان وفقا لما تقضي به العدالة في الحالة الثانية.

كما أن المشرع قـد خطا خطـوة جريئـة في المادة 95 من التقنين المـدني حيث أحل إرادة القاضي محل إرادة المتعاقد في بعض الحالات، فـأناط بـالقاضي ان يستكمل ما لم يتفق عليه الأطراف المتعـاقدة «طبقـا لطبيعة المعـاملة ولأحكـام القانون والعرف والعدالة».

ونصــادف القيود أيضـا بالنسبـة لتنفيذ العقـد، حيث كان النص في الفقـرة الثانية من المادة 147 ـ بعد النص على أن العقـد شريعـة المتعاقـدين ـ على أنه «إذا طرأت حوادث استثنائية عـامة لم يكن في الوسع توقعها وتـرتب على حدوثهـا أن تنفيذ الالتزام التعاقدي ـ وإن لم يصبح مستحيلا ـ صـار مرهقـا للمدين بحيث يهدده بخسارة فـادحة، جـاز للقاضي ـ تبعـا للظروف وبعـد الموازنـة بين مصلحة الطرفين ـ أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقـع باطـلا كل اتفـاق على خلاف ذلك». فكـان النص على نظريـة الظروف الطـارئة كمـا سيأتي تفصيـلا، هو المقابل للنص على الغبن عند تكوين العقد، باعتبـار أن الظروف الطـارئة هي نـوع من الغبن يلحق بالعقد عند تنفيذه.

ومن تطبيقاته، مـا تنص عليه المـادة 227 فقرة ثـانية من جـواز أن يخفض

---

(3) راجع: حكم المحكمة العليا، طعن مدني رقم 27/14ق صـادر بجلسة 1982/5/3م مجلـة المحكمة العليا، س 19 ع 2، يناير 1983م.

القاضي التعويض الاتفاقي، وما تنص عليه المادة 657 فقرة 4 بشأن انهيار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة، حيث يخول القاضي سلطة الحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد.

•

وبالنسبة للملكية الشائعة، اهدر المشرع مبدأ سلطان الإرادة حيث جعل زمام الإدارة بل والتصرف في يد اغلبية الملاك دون إجماعهم، رعاية لمصلحة حسن إدارة المال وحسن استثماره. من ذلك، ما تنص عليه المادة 837 من ان:

«1 ـ ما يستقر عليه راي اغلبية الشركاء في اعمال الإدارة المعتادة يكون ملزما للجميع، وتحسب الأغلبية على اساس قيمة الأنصباء...

2 ـ وللأغلبية ايضا ان تختار مديرا، كما ان لها ان تضع للادارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاما يسري حتى على خلفاء الشركاء جميعا، سواء أكان الخلف عاما أم كان خاصا».

وكذلك تنص المادة 838 على ان للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة ارباع المال الشائع ان يقرروا ـ في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال ـ من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة، على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقي الشركاء. ولمن خالف من هؤلاء، حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان...

وتمتد سلطة الأغلبية الموصوفة إلى حد التصرف في المال الشائع، فتنص المادة 841 على ان للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية، على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقي الشركاء. ولمن خالف من هؤلاء، حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان. وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء، أن تقدر تبعا للظروف ما إذا كان التصرف واجبا».

في كل الأمثلة المتقدمة، نصادف قيدا على سلطان الإرادة. ولكن، هل يعد هذا القيد كافيا لتحقيق المراد من التصرفات القانونية وفقا لمفاهيم النظرية الجماهيرية؟.

النظرية الجماهيرية وضوابط التقنين الوضعي لسلطان الإرادة:

يدور تحديد دور سلطان الإرادة في النظرية الجماهيرية مع التكييف الذي تسوقه هذه النظرية لمفهوم «الحق» بوصفه الجانب الإيجابي للالتزام.

يوضح شراح النظرية الجماهيرية[4] دور الإرادة في تحديد الحقوق في إطار النظرية الجماهيرية. فيقال، إن دور الإرادة البشرية يتحدد أولا في كشف الحقوق الطبيعية وضمان الاستئثار بها من قبل الإنسان، وثانيا يجوز لهذه الإرادة تأمين حاجات الإنسان المادية والمعنوية بالقياس على الحقوق الطبيعية وعلى هدى قواعدها وفق الظروف الاقتصادية والإمكانيات المختلفة المتاحة للانسان والمتوفرة له في مجتمعه، بحيث يتمكن جميع أفراد المجتمع من الحصول على نصيبهم العادل من هذه الإمكانيات.

فالحق ـ وفقا للنظرية الجماهيرية الطبيعية ـ يتحدد استنادا إلى قواعد القانون الطبيعي ومبادىء العدالة التي ترسمها الشريعة الطبيعية المتمثلة في قواعد الدين وقواعد العرف. وما تقرره الإرادة الإنسانية الحرة التي تملك سلطة اتخاذ القرار بأسلوب ديمقراطي مباشر بدون أدنى تدجيل أو تزييف لإرادة الناس. وفي إطار هذا المفهوم للحق وفق الشريعة الطبيعية، يكون الدور الشرعي الذي تلعبه الإرادة باعتبارها ذات سلطان في ترتيب الآثار القانونية.

وقد عكست أحكام مشروع القانون المدني الجماهيري المعاني المتقدمة من حيث تنظيمها لدور الإرادة في ترتيب الآثار القانونية.

بادىء ذي بدء، يحدد في المادة التاسعة فقرة أولى مفهوم الحق فيذكر أنه «مطلب إنساني يحققه القانون الجماهيري، نظرا لغايته الاجتماعية في إشباع الحاجات».

ونظرا لأن العلاقة القانونية هي علاقة إنسانية، فمن المتعين الا تكون ظالمة. ومن ثم، فهي تتكون من حقوق وواجبات، وليس فقط من حقوق. من هنا، تضيف الفقرة الثانية للمادة ذاتها: «الواجب سلوك يفرضه القانون الجماهيري لتحقيق المطالب الإنسانية الجديرة بالحماية». ولذا، يكون استعمال الحق غير مشروع إذا تناقض مع غايته الاجتماعية (م 11).

---

(4) راجع: د/ عبدالسلام علي المزوغي ـ نظرية الحق، ص 31 وما بعدها.

وفي مجال تحديد دور الإرادة في تكوين التصرف القانوني وترتيب آثاره القانونية، تضمن المشروع في الكتاب الثالث المتعلق بـ«الالتزامات» عدة نصوص تسجل تقهقرا ملحوظا لمبدأ سلطان الإرادة.

يأتي النص الذي يكرس «مبدأ التعادل» في طليعة النصوص التي تحكم الالتزامات في النظرية الجماهيرية نشوءا، وحياة، وزوالا.

وتنص المادة 203 من المشروع على ما يلي:

1 ـ أساس الالتزام هو التعادل بين حقوق وواجبات كل من الطرفين.
2 ـ يسري مبدأ التعادل منذ نشأة العلاقة القانونية وحتى انقضائها.
3 ـ يتعين على القضاء إعادة التعادل المختل بين مركز الطرفين.
4 ـ لا يسري مبدأ التعادل إذا قصد بالالتزام التبرع».

يعد هذا النص البديل الجماهيري للنص التقليدي الذي يقضي بأن «العقد شريعة المتعاقدين». وهو يفسر الأحكام العديدة التي استحدثها المشروع الجماهيري للحد من إطلاق سلطان الإرادة، وتخويل القضاء سلطة إعادة التوازن التعاقدي. وقد عبرت عن هذا المعنى المادة 206 حيث تنص على أنه:
1 ـ يجوز «للقضاء» عند خرق الالتزام أن يختار واحدا أو أكثر من الجزاءات الآتية:

أ ـ التنفيذ العيني.
ب ـ زيادة واجبات الطرف المذنب أو إنقاص واجبات الطرف البريء.
جـ ـ تقرير مسؤولية الطرف المذنب.
د ـ حل العلاقة القانونية بناء على طلب الطرف البريء.

2 ـ يتخير القضاء الجزاء الأكثر ملاءمة لظروف الحال، بغية تحقيق المبادىء العامة للقانون الجماهيري.

وغني عن التعليق، مدى تعاظم دور القضاء بالنسبة لتنفيذ الالتزام التعاقدي، يقابله انكماش دور الإرادة في المجال ذاته.

على أن المشروع لم يهدر التزام احترام العقد. فينص في المادة 219 فقرة 1 على أن «يوفى بالعقد». وتذكر شروح هذه المادة الآيات القرآنية التي تحث على الوفاء بالعقود (المائدة ـ 8) وبالعهود (الاسراء ـ 34 والبقرة 177). بيد أن الوفاء

بالعهد يدور في إطار الضوابط العامة للالتزام في النظرية الجماهيرية. فالفقرة الثانية من المادة 219 تقضي بأنه «في العقود المنفذة لخطة التنمية الاقتصادية والاجتماعية، يلزم كل من الدائن والمدين بالتنفيذ».

وتضيف المادة التالية نصها على أن:

«1 ـ ينفذ العقد طبقا لما يشتمل عليه من مضمون إجباري واختياري.

2 ـ يشمل التنفيذ أيضا مستلزمات العقد، وفقا للقانون وعدالة الملاءمة بحسب طبيعة المعاملة.

3 ـ يكون التنفيذ وفقا لأصول التعاون والأمانة».

هنا أيضا نصادف القيود التي ترد على الحرية العقدية، سواء من حيث تكوين العقد أم من حيث آثاره على النحو الذي تقدم بيانه، عند استعراض مظاهر انتكاس مبدأ سلطان الإرادة.

والواقع، إن النصوص التي سلف ذكرها، إن دلت على شيء فإنما تدل على أن مبدأ سلطان الإرادة كتب عليه أن يتراجع ليفسح المجال لمبادىء أكثر سموا مستمدة من الشريعة الطبيعية.

ولعل أهم تلك المبادىء «مبدأ التعادل» الذي تضمنته المادة 203 من المشروع.

تأصيل مبدأ التعادل:

يعد مبدأ التعادل في الالتزامات من المبادىء الطبيعية التي نادى بها الفلاسفة منذ عهد (ارسطو) ورسختها الأديان السماوية.

فقد صاغ (ارسطو) مفهوما للعدالة يجعل موضوعها هو إبقاء التوازن في جميع الأعمال، وتحقيق المساواة بين الناس[5]. وفي المعاملات التي تتم بين شخص وآخر، تتبدى المساواة ذات طبيعة حسابية. فالتوازن أو التعادل هو التساوي بين الأشياء المتبادلة، بحيث أن من يحصل على مال من الغير أكثر مما يقدم إليه، يلزم بأن يرد إليه الزيادة تماما.

وقد تسللت هذه المعاني إلى القانون الروماني، ثم إلى القانون الكنسي. حيث دارت النظرة إلى العقد على أنه ينشئه أفراد تربطهم الجماعة الإنسانية وهم،

---

(5) راجع: ارسطو ـ الأخلاق إلى نيقوميدس، الكتاب الخامس.

وإن كان لكل واحد منهم المقدرة على الالتزام، فإن الانفصال والاستقلال بينهم ليس حاسما كما هو بين اشخاص القانون.. لذلك، فإن التوافق بين إرادة طرفي العقد، يجب أن يظل خاضعا لقانون الرحمة والعدالة. وتحت تأثير هذه التعاليم، اصبح لرابطة الالتزام طبيعة إنسانية تفوق طبيعتها القانونية. فأضيف إلى الرابطة القانونية «رابطة الأخوة». فإذا ما أجبر المدين طبقا للأولى على الوفاء بوعده، فإن الرابطة الثانية تلزم الدائن بمراعاة العدالة في مطالبته. فالعقد لا يمكن أن ينطوي على الظلم ولا يمكن أن يستخدم من أجل استغلال الضعفاء والجهلة، فلا يفيد ولا ينفع سوى واحدا من أطرافه على حساب الآخرين.[6]

وطوال القرنين الرابع عشر والخامس عشر سادت تلك الاعتبارات الخلقية، ورأى الفقه انه من الصعب فصل الغبن عن عيوب الرضا، واستقر على أن عدم التعادل الموضوعي في الالتزامات بين طرفي الرابطة التعاقدية يتضمن بذاته غشا وتدليسا دونما حاجة لإثبات خاص له، فهو عيب عيني متضمن في التصرف نفسه.

يبسط (بوتييه) فقيه القانون المدني الفرنسي القديم هذه المعاني في مؤلفه عن «الالتزامات» ويوضح انه «يجب أن تسود العدالة في العقود. ومن هنا، ينتج انه في عقود المعاوضة ـ حيث يعطي واحد من المتاقدين شيئا أو يقوم بعمل في مقابل الحصول على شيء آخر كثمن ما يعطي أو مقابل ما يعمل ـ يكفي الغبن الذي يتحمله واحد من المتعاقدين، ولو أن الآخر لم يلجأ إلى اية حيلة من أجل غشه. يكفي هذا الغبن وحده من اجل أن تصبح هذه العقود معيبة، لأن العدالة في التجارة هي المساواة. وبمجرد أن تمس هذه المساواة بأن يعطي واحد من المتعاقدين أكثر مما يحصل عليه، يصبح العقد معيبا لأنه يخالف العدالة التي يجب أن تسود في العقود. وهذه المعاني السامية ذاتها نصادفها في الفقه الإسلامي.

مبدأ التعادل في الفقه الإسلامي:

يتناول الشراح الروح العامة للفقه الإسلامي، ويبرزون كيف يتسم بنزعة اساسية قوامها السعي وراء العدالة المطلقة عن طريق المساواة بين المتعاقدين، ومن آثارها نظرية الربا.[7]

---

(6) راجع: د/ وليم قلادة، المرجع السابق، ص 42 و 43.
د/ عادل بسيوني، المرجع السابق، ص 253.

(7) راجع: د/ شفيق شحاتة ـ النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 75.

يشار في هذا الصدد إلى أن أبرز ما استوقف الفقهاء في عقود المعاوضة، هو ذات عملية المبادلة، أي الشروط التي وضعها الشارع حتى يمكن أن تؤدي المبادلة إلى التوازن في مضمون العقد، مع مراعاة عدم مخالفتها لمقاصد الشارع.[8]

وشرط التوازن في مضمون العقد، هو الذي تدور عليه أحكام الربا والغرر والشروط الفاسدة، وأحكام العقود المنهي عنها لعلة الخلل في المبادلة.

وقد ابرزت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 86 لسنة 1972م في شأن تحريم بعض عقود الغرر في القانون المدني وتعديل بعض أحكامه بما يتفق مع الشريعة الإسلامية هذه المعاني، حيث جاء فيها:

فالشريعة الإسلامية، لا تقتصر في تنظيمها للمعاملات المالية على تحريم الربا وحده. وإذا كان هو الصورة الظاهرة في الشريعة الإسلامية لأكل أموال الناس بالباطل، فإن هناك صورا أخرى لما يشوب العقود من عيوب تبطلها الشريعة الإسلامية وتجعلها حراما لا يصح عقدها ولا يترتب عليها آثارها الشرعية، والمثل الظاهر الذي يأتي بعد تحريم الربا هو عيب الغرر في العقود. ذلك أن الله تعالى قد حرم على المسلمين أكل أموال بعضهم بالباطل بنص القرآن الكريم في سورة البقرة «ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل..». وهذا الحكم الذي أوردته الآية الكريمة هو المبدأ العام الذي قام عليه الفقه الإسلامي في موضوع المعاملات. وما يترتب على هذا النهي هو تحريم أكل أموال الناس بالباطل، سواء كان وسيلة ذلك عقدا من العقود أم تصرفا من التصرفات، لأن تحريم النتيجة يستتبع تحريم ما يفضي إليها. فالعقود أسباب جعلية شرعية لاكتساب الحقوق ونقلها بين الناس، فلا تصبح طريقا لأكل أموالهم بالباطل واغتيال حقوقهم التي تنظم الشارع الحكيم وسائل اكتسابها ونقلها بين الناس.[9]

ويوضح الفقه[10] المقصود بالتوازن في مضمون العقد. ويقال، إنه لكي يكون العقد صحيحا ملزما لطرفيه يجب أن تكون المعاوضة على الصورة التي أوجبها

---

(8) راجع: د/ جمال الدين محمد محمود ـ سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، 1969م، ص 142 وما بعدها.

(9) راجع: عدد الجريدة الرسمية رقم 40 منشور في 1972/8/16م.

(10) راجع: د/ جمال الدين محمد محمود، المرجع السابق، ص 271 و 272.

الشارع خالية من كل ما يجعلها تختل لصالح أحد العاقدين، إذا كان اختلال المعاوضة ناشئا عن طبيعة العقد التي لا تجعل سبيلا إلى تحقيق التوازن فيه كالعقود الربوية وعقود الغرر، حيث يشترط أن يكون التوازن في مضمون العقد في المعاوضة ممكنا عند انعقاد العقد. يضاف إلى ذلك، إن الشارع الإسلامي أبطل أيضا نوعا من العقود بسبب ظروف انعقاد العقد، حيث تؤثر فيه وتجعل المعاوضة تختل لصالح أحد المتعاقدين على حساب الآخر. وهذه الظروف قد تكون متصلة بأحد الطرفين في العقد كحالة الاضطرار التي يكون فيها أحد العاقدين مضطرا إلى الشراء أو البيع، أو يواجه الطرفان معا حالة احتكار لابد لهما فيها، ويريد أحدهما أن يستغل قيام حالة الاحتكار فتختل المبادلة أو المعاوضة الصالحة.

كما ابطل الفقه الإسلامي الشروط التي لا يقتضيها العقد ولا يُجري بها العرف او لم يسمح بها نص، إذا كان فيها منفعة لأحد المتعاقدين. وتعليل ذلك النهي عن مثل هذه الشروط بأن الشارع أوجب شرعا «التوازن والتكافؤ في التزامات وحقوق العاقدين الناشئة عن العقد».

ومما يعزز كفالة مبدأ التعادل في الالتزامات في الشريعة الاسلامية، ما تقدم ذكره بشأن فكرة «الجعلية» فأثارالعقد تترتب بجعل من الشارع وليس لإرادة الأفراد دخل في ترتيبها[11]. إذ مؤدى ذلك، أن أثار التصرفات القانونية سوف تقوم على فكرة التعادل طالما أن الشريعة الغراء هي التي ترتبها.

في هذا المعنى، يقول المرحوم الشيخ محمد ابوزهرة[12]: في الشريعة الإسلامية الإرادة تنشىء العقد فقط، ولكن أحكام العقود وأثارها تكون من الشارع لا من العاقد. وعلى ذلك، تكون مقتضيات العقود كلها من إعمال الشارع لا من إعمال العاقد. ولهذا، يقول الفقهاء عن العقود إنها أسباب جعلية شرعية، وليست أسباب طبيعية.

* * *

(11) راجع: د/عادل بسيوني ـ مبدأ سلطان الإرادة، المرجع السابق، ص 170.

(12) راجع: الشيخ/ محمد ابوزهرة ـ الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى 1939م، ص 216.

الفصل الثالث

بدائل سلطان الإرادة

يبرز الفقه الحديث مفهوم التعادل في الالتزامات، وعلى حد تعبير (اهرنج) وجوب تحقيق التوازن بين المصالح المتصارعة من اجل كفالة انتظام الحياة الاجتماعية. والتعادل عنده هو التوازن بين الأداءات المتقابلة،[13] ويرمز له بكفتي الميزان المتعادلتين.

وإذ يتضح أن سلطان الإرادة ـ بالمفهوم السابق بيانه ـ قد يخفق في تحقيق التعادل في الالتزامات على نحو تقتضيه الشريعة الطبيعية وناموس العدل، كان لزاما البحث عن بدائل لهذا المبدأ يكفل «الوظيفة الاجتماعية» للتصرف القانوني، مع احترام حرية الأفراد وسلامة إرادتهم.

ا ـ موقف الفقه التقليدي[14]:

يسلم الفقه التقليدي بأنه قد مضى الزمان الذي كان ينظر فيه إلى سلطان

---

(13) راجع: د/ نعمان جمعة ـ مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 236 وما بعدها، والمراجع الفقهية العديدة التي يشير إليها في هذا الخصوص.

(14) راجع: على سبيل المثال:

Mazeaud (H.L): Obligations 5 éme. édition, No-127.

Flour et Aubert: Obligations op. cit. P 113 ets.

Carbonnier: Droit Civil. t.4. les Obligations op.cit. P 9.

الإرادة على أنه أمر مطلق. ومع ذلك. لا يزال هذا المبدأ ـ فيما يرون ـ هو مصدر الوحي والإلهام للنظرية العامة للعقد.

يصادق أنصار هذا النظر على الدعوة إلى وجوب كفالة تطابق العقود مع الصالح العام والنظام العام والخير العام، والعمل على «التوفيق بطريقة عادلة بين المصالح الخاصة». ويرون ان المصلحة العامة ـ شأن العدالة ـ تسمو على الحرية، وأن هذا التوفيق قد يتولاه المشرع أو يعهد به إلى القاضي.

مع ذلك، يؤكد أنصار هذا النظر موقفا مبدئيا على أن سلطان الإرادة هو القاعدة، وما يرد عليه من قيود يظل هو الاستثناء. ومن هنا، يكون تفسير العقود لمصلحة الحرية العقدية والقوة الملزمة للعقد، أي يبقى سلطان الإرادة هو المبدأ التفسيري الذي يستخلص منه نظام العقد.

ب ـ المذهب المنكر لسلطان الإرادة:[15]

صاغ الفقه الحديث عدة اجتهادات تشكك في سلامة المفترضات النظرية التي يقوم عليها مبدأ سلطان الإرادة.

فمن جانب، كانت هناك نظرية (كلسن) التي تقوم على تحليل وضعي للعقد في نظريته العامة للقانون بوضعه هرما من القواعد القانونية المتدرجة. ويتساءل (كلسن) عن أساس القوة الملزمة للعقد؟ ويجيب بأن العقد يكون ملزما بقدر ما يراه النظام القانوني واقعة منشئة للقانون. أو بتعبير آخر، بقدر ما توجد قاعدة أعلى مرتبة ترخص للأفراد بأن ينشئوا قاعدة أدنى درجة.

ويخلص (كلسن) إلى القول بأن المبدأ السياسي لسلطان الإرادة في المجال التعاقدي يقوم على مفهوم فردي وليبرالي يفتقر إلى التبرير الموضوعي والعقلاني[16]. والقوة الالزامية للعقد لا تتوقف على سلطان الإرادة، وإنما يكمن الأساس في قاعدة عليا هي التشريع.

---

(15) راجع: Rouhette (G): Contribution à l'étude critique de la nation de contrat, thèse droit, Paris 1965

Ghestin: OP.cit, PP 12 ets.

(16) راجع: لمزيد من التفصيل:

Kelsen: La théorie juridique de la convention, Archives de philosophie du droit, 1940, PP 76.

استطرادا للتحليل الوضعي ذاته، يذكر الفقيه الفرنسي (روهيت) أن الإرادة القانونية لا تستطيع إلا أن تكون اساسا واهيا للعقد. ومن الأوفق التسليم بأن القانون لا يعتد بالإرادة، إنما بمصالح الأفراد فقط، وهي التي تعد بالنسبة له اساسا للعقد. ومن هنا، يعرّف العقد بأنه تصرف منشيء لقواعد تربط بين مركزين من المصالح.[17]

ويمضي الفقيه (ستارك)[18] في الاتجاه ذاته، ويسطر أن «سلطان الإرادة لا يعدو ان يكون اسطورة عفا عليها الزمان». ذلك أن هذا المفهوم يتجاهل قاعدة أولية تقضي بأن الدولة هي مصدر كل حقوقنا الذاتية، بما في ذلك حق التعاقد. ومن جانب آخر، دلت الممارسة العملية على ان حرية التعاقد قد أسيء استخدامها في إطار واقع اقتصادي واجتماعي يسمح للاقوياء بأن يستغلوا الفقراء. يضاف إلى ذلك، إن معطيات الحياة الاقتصادية المعاصرة تفرض الاقتصاد المبني على التخطيط بما يعنيه ذلك من تقييد لإطار الحرية التعاقدية.

ولعل النظرية التي ساقها الفقيه (جستان) تعد ابرز الاجتهادات الفقهية التي تقدم تأصيلا سليما للمسألة.

نظرية جستان:[19]

تنتسب هذه النظرية للاتجاه الذي يرمي إلى تحقيق التعادل على الالتزامات بعيدا عن الراي الليبرالي التقليدي الذي يقوم على تمجيد سلطان الإرادة، وفي إطار نظرة تقضي بأن القانون الموضوعي هو أساس القوة الملزمة للعقد. وتفصيل ذلك - فيما يرى جستان - أن دور الإرادة في العقد يجب أن يرتبط بالوشائج القائمة بين القانون الموضوعي والحقوق الذاتية. وإذ كان مفترض الحرية الذي يقوم على أن الإنسان كائن مسؤول يطابق تطلعا عميقا كامنا في الأفراد، إلا أنه يجب الا يقود إلى الصدام بينهم وبين المجتمع. والقانون علم اجتماعي قائم في قلب المجتمع، في إطاره تتحدد المراكز القانونية والحقوق. ومع التسليم بأهمية الحقوق الذاتية وجدواها، فهي لا تعدو أن تكون ضمن عناصر تنظيم المجتمع، وتابعة للقانون الموضوعي. وحين يواجه الفقه المدني مسألة مصادر الحقوق

---

(17) راجع: روهيت، الرسالة السابقة، ص 629 - 632.

(18) راجع: Starch: Droit civil, obligations, librairies tecniques 1922, No - 1029 ets

(19) راجع: جستان - نظرية العقد، المرجع السابق، ص 131 - 149.

الذاتية ـ وبالأخص العقود ـ فإنه يعتد بالمقتضيات القانونية التي تسمح للارادات الفردية بأن تنتج آثارها القانونية.

على ذلك، فإن القوة الملزمة للعقد لا تجد أساسها في إرادة الأطراف، وإنما في القانون الموضوعي. ويكون العقد أداة في خدمة ذلك القانون الموضوعي السامي في مرتبته. وإذ كان العقد تعبيرا عن المبادرة الفردية، إلا أنه مع ذلك، يظل دائرا في فلك البحث الأساسي عن العدالة.

ونقطة البدء عند (جستان) أن القانون الموضوعي لا يتحصل في قواعد وضعية مجردة، وإنما ينيط بتلك القواعد أن تكون مرشدا في البحث عن «حل عادل». فالقاضي ملزم بطاعة القاعدة القانونية في إطار هدف البحث عن الحل العادل من خلال استخدام كل أساليب المنطق القانوني. على ذلك، تكون مطابقة العقد للقانون الموضوعي هي في الآن ذاته، مطابقة للعدالة.

يستفاد مما تقدم، أن المبدأ الجوهري الذي يجب أن يحكم تفسير القانون الوضعي وتوجيهه هو «مبدأ العدالة» المكمل بمبدأ حسن النية.

مبدا العدالة العقدية:

تستند فكرة العدالة هنا إلى فكرة العدالة التبادلية Justice commutative وهي التي أطلق عليها (ارسطو) المعادلة الحسابية، وتتصل بعلاقة الفرد بغيره من الأفراد، وتعني ضرورة التعادل بين حقوق الأفراد والتزاماتهم[20]. فيقول جستان[21] إنه من المتعين في عملية التبادل أن يتلقى كل طرف ما يعادل ما قدم. فالعقد ـ منظورا إليه في وظيفته الأساسية كأداة لتبادل الأموال والخدمات ـ يخضع لمبدأ العدالة التبادلية. ويجب الا يكون من شأنه هدم التوازن الذي كان قائما من قبل بين الذمم المالية، وإنما يتلقى كل فرد مقابلا معادلا لما أعطى[22]. وعلى القاضي ـ في حدود صلاحياته ـ أن يسعى لتحقيق العدالة العقدية بقدر ما يستطيع.

---

(20) راجع: د/عادل بسيوني ـ سلطان الإرادة، ص 255.
د/صوفي أبو طالب ـ مبادىء تاريخ القانون، القاهرة 1965م، ص 336 وص 337.

(21) راجع: جستان، المرجع السابق، ص 138.

(22) راجع: لمزيد من التفصيل حول مسألة التوازن في الالتزامات: د/نعمان جمعة ـ مصادر الالتزامات، ص 236 وما بعدها.

والتشريعات الحديثة في الدول الغربية ذاتها تعني بتوفير العدالة العقدية، من ذلك تشريع صدر في المانيا الاتحادية في 1976/12/6م بشأن الشروط العامة للعقود تعكس الاهتمام بتوفير العدالة العقدية. وأوضحت مذكرة اللجنة التشريعية المرافقة له أن هدفه هو حماية المستهلكين، وبالأخص في مجال العقود سابقة الإعداد، بحيث يتم تجنب الانحراف في استعمال الحرية العقدية من جانب من يضعون تلك الشروط العامة على حساب الجانب المتعاقد الضعيف. ويلاحظ أن هذا التشريع لا يخول القاضي صلاحية فحص مضمون الشروط العامة فحسب، وإنما يكون عليه أن يفسرها لصالح الطرف المذعن، وبما يتفق والمعيار العام لمبدأ حس النية.

مبدأ حسن النية:

يعد هذا المبدأ مكملا لمبدأ العدالة. ذلك أن الأمانة والصدق في التعاقد يضفيان على القانون طابعا اخلاقيا تستوجبه مقتضيات العدالة، ويتم التعبير عنه بمبدأ حسن النية. فحسن النية يرادف الأمانة والصراحة والصدق، ويتعارض مع سوء النية والغش والخداع. والعقد، هو اكثر التصرفات القانونية تأثرا بحسن النية.

والقانون يعلق اهمية كبيرة على حسن النية، حيث يشغل هذا المبدأ مكانة مهمة في النظرية العامة للرضا. والملاحظ أن التشريعات الحديثة الرامية إلى حماية المستهلكين تفرض التزاما متزايدا بأن توفر لهم المعلومات اللازمة للعقد، وهي بذلك تعكس مطلب الأمانة والصدق في تكوين العقد.

ويبرز الفقيه (ريبير)[23] مكانة حسن النية في المجال التعاقدي، ويرى أنه إحدى الوسائل الرئيسية التي يستخدمها المشرع ويلجأ إليها القضاء لكي يدخل القاعدة الاخلاقية في القانون الوضعي، ويضحى تكريسا لمبدأ الصدق والأمانة الذي يتولى المشرع أو القضاء تحديد درجته في الممارسات العقدية.

ضرورة التوفيق بين هذه المبادىء:

المشكلة التي تثور في شأن تأصيل الضوابط التي تحكم التعاقد، هي كيفية التوفيق بين مبادىء العدالة وحسن النية من جانب، وبين الحرية والمسؤولية

(23) راجع: ريبير ـ القاعدة الخلقية في الالتزامات المدنية، المرجع السابق، رقم 157.

الفردية من جانب آخر. ويقال، إن هناك قرينة بسيطة على أن العقد الذي يبرمه الأفراد بحرية وإحساس بالمسؤولية هو عقد مطابق للعدالة. وهي قرينة قابلة لإثبات العكس إذا اتضح أن هناك خللا كبيرا بين الالتزامات أو ان أحد المتعاقدين لم يكن بوسعه أن يدافع بكيفية مناسبة عن مصالحه، فهنا يكون تدخل السلطات العامة واجبا.

والمشكلة هي وضع الضوابط التي تكفل التوفيق بين موجبات تدخل السلطات العامة، ومطلب «الأمان القانوني» المفروض توفيره في العقد. فالعقد هو قبل أي شيء تصرف مبني على التوقع، وهو يفقد سبب وجوده إذا كان عدم اليقين يسود تنفيذه، أو إذا كان القاضي ـ باسم النفع العام أو العدالة ـ يستطيع أن يعدل من شروطه بصورة تحكمية. من هنا، يبرز الفقه اهمية إقامة التوازن الضروري ما بين السعي من أجل احترام العدالة وحسن النية، وبين تدفق المعاملات اللازمة للحياة الاجتماعية. ويقال، إن المشكلة التشريعية الحقيقية تكمن في كيفية التوفيق بين الصالح العام ومبادىء العدالة وحسن النية من جانب، والأمان القانوني والحرية ومسؤولية الأفراد من جانب آخر.[24]

مشروع القانون المدني الجماهيري ومبدا العدالة التبادلية:

تُصادف الاعتبارات المتقدمة في مشروع القانون المدني الجماهيري، وترسي المادة الأولى في باب «الاعتبارات» القاعدة في هذا الشأن حيث تنص على أن:

«يهدف القانون من تنظيم علاقات الالتزامات إلى:
1 ـ القضاء على استغلال الإنسان للإنسان.
2 ـ إقامة العدالة التبادلية والتعويضية.
3 ـ تنفيذ خطة التنمية الاقتصادية والاجتماعية» (م 20).

ثم كان النص على مبدا التعادل على النحو الذي سلف بيانه (م 203). واعقبته المادة التالية، وتتحدث عن واجب التعاون حيث تقضي بأن:

«1 ـ قوام الالتزام الثقة والتعاون.
2 ـ كل طرف في الالتزام أمين على مصالح الطرف الآخر.

---

(24) راجع: جستان ـ نظرية العقد، ص 144.

3 ـ كل طرف في الالتزام يقظ تجاه ما يحتمل أن يصيبه من اضرار».

وتفسير هذا النص، إنه في حين أن القانون التقليدي يقوم على المصلحة الانانية لكل طرف، فإن القانون الجماهيري يستمد واجب التعاون من الدين والعرف. يقول الله تعالى: «وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان» (المائدة ـ 2). «وتناجوا بالبر والتقوى» (المجادلة ـ 9). كما أن العرف العشائري يقوم كذلك على التعاون.

يضاف إلى ما تقدم، إن كل طرف أمين على مصالح الطرف الآخر، يرعى مصالح هذا الطرف، وليس فقط مصالحه هو. وهو يقظ تجاه ما قد يصيبه هو شخصيا من ضرر، ليحول دون حدوث الضرر أو تفاقمه.

وتأكيدا لمعنى التعاون، تنص المادة 220 فقرة 3 من المشروع، على أن يكون تنفيذ العقود وفقا لأصول التعاون والأمانة. ويساق مثلا لذلك، إنه إذا قدمت شاحنة المورد حاملة سلعة قابلة للتلف السريع، وبلغت مخازن صاحب الطلب قرب انتهاء موعد العمل اليومي، فيجب استلام السلعة وحفظها من التلف بدلا من تركها الغد أو بعد الغد إلى أن تصاب بالتلف بحجة أن ميعاد العمل قد انتهى.

على هذا النحو، يكون تكريس مبدأ العدالة التبادلية قواما للعلاقات التعاقدية وتوخيا لتحقيق معاني عجز المبدأ التقليدي لسلطان الإرادة عن تحقيقها، وكشفت الممارسة العملية عن مدى قصوره.

والواقع، إن الانتكاسة التي أصابت المفهوم التقليدي لمبدأ سلطان الإرادة ليست سوى جزءا من الأزمة التي تمر بها نظرية العقد ذاتها.

ازمة نظرية العقد:

أفرزت الممارسة العملية للروابط التعاقدية عددا من الظواهر المستحدثة وغير المألوفة في المفهوم التقليدي للعقد، بحيث بدا من العسير إدراجها ضمن القوالب القانونية التقليدية لنظرية العقد.

من ذلك عقود الإذعان، والاتفاقات أو العقود الجماعية. فقد ثار خلاف فقهي محتدم حول تكييف طبيعتها، ما إذا كانت ذات طبيعة اتفاقية، أم إنها ذات طبيعة مختلطة. فهي عقدية فيما بين الأطراف المتعاقدة، ولائحية فيما يتعلق بآثارها.[25]

(25) راجع المرجع ذاته، ص 114 وما بعدها.

يضاف إلى ما تقدم، إن التدخل المتزايد من جانب الدولة في المجال التعاقدي، سواء تكوينا أم مضمونا أم آثارا، ونمو النظام العام الاقتصادي والاجتماعي، أحدثا ما وصف بـ«انفجار» الأطر التقليدية للعقد.

فالملاحظ أن هناك عقودا متعددة تسعى الدولة من خلالها لتنظيم الأنشطة الاقتصادية والاجتماعية ترتكز على مفاهيم التشاور الاقتصادي والسياسي، فتبدو متينة الصلة بنظرية العقد في القانون المدني، وأضحت الاتفاقات العديدة والمتزايدة التي تبرم بين السلطات العامة والأشخاص الخاصة لا تحمل من مفهوم «التعاقد» سوى التسمية.

وكان الفكر الماركسي قد ألمح إلى تلك الأزمة التي يمر بها العقد، بل إن البعض قد توقع زوال الظاهرة العقدية تواكبا مع زوال الاقتصاد الراسمالي ذاته، حيث تم التنبؤ بزوال العقد بوصفه أداة للتبادل في اقتصاد محكوم بالقوانين الراسمالية للسوق، وذلك حين يحل محله الاقتصاد القائم على التخطيط الكامل.[26]

بيد أن هذا التنبؤ لم يصدق، ورأينا على العكس أن غالبية الدول المسماة ماركسية سابقا قد رفضت مفهوم القانون الاقتصادي المتميز عن القانون المدني، ولا يزال العقد يتبوأ مكانة مرموقة حتى في إطار الدولة التي تأخذ بسياسة اقتصادية تقوم على التخطيط الشامل. بل إن الملاحظ انه ـ في إطار تلك الدول ـ تضاعف عدد العقود، حيث تلعب دورا لتحقيق التعاون، سواء فيما بين المنشآت أم فيما بينها وبين الدولة.[27]

من هنا، يكون من المتعين الحذر من الخلط بين أفول مبدأ سلطان الإرادة وأفول الظاهرة العقدية. ولا يزال تكوين العقد ـ نتيجة تلاقي الإرادات ـ يشكل خاصية مشتركة للعقود. وإذا انتفى هذا التلاقي كمصدر للمركز القانوني، لا يستقيم إطلاق تسمية «العقد» على التصرف القانوني. إلا أن التطور الذي طرأ يتصل بدور الإرادة كأساس للقوة الملزمة للعقد، فإنه لم تعد الإرادة تلعب هذا الدور، وأضحى من المتعين القبول بتعريف قانوني وليس نفسانيا للارادة. ومن ثم،

---

(26) راجع: Stoyanovich (K): La théorie de contrat selon, E.B, Patchoukanis, Archieves de philosophie du droit, 1968, P 94.

(27) راجع: فلور (و) اوبير، المرجع السابق، ص 87 و 88.
د/مجدي خليل، المرجع السابق، ص 651.

لا يوجد ما يحول دون وصف العقد على كل التزام نشأ من تلاقي إرادات، حتى ولو لم يحدد هذا التلاقي في مضمون العقد. ولم يعد من المسلمات القول بضـرورة أن يتحدد مضمون العقد على أساس التكافؤ الحر بين المتعـاقدين، وإنمـا قد يتحـدد هذا الضمون من طرف ثالث بمراعاة أهداف اقتصادية أو اجتماعية عليا.[28]

* * *

(28) راجع: جستان، المرجع السابق، ص 146 و 147.

الباب الثاني

تطور نظرية العقد

الفصل الأول

مفهوم العقد وتعريفه

المبحث الأول

التعريف بالعقد

تعد ظاهرة «السوق» من الظواهر التي واكبت الإنسانية منذ عهد الجماعات البدائية حتى زماننا الراهن. وبدا العقد ـ منذ أن كانت البشرية تحبو ـ أداة للتبادل الذي كان يتم في الأصل بين الجماعات، ثم بين الأفراد.[1]

بيد أن العقد الذي عرفته الحضارات القديمة يختلف مفهوما ومضمونا وآثارا عن العقد بالمفهوم الحديث، وبالأخص بعد أن بلغت نظرية سلطان الإرادة أوجها في القرن الماضي، وسجلتها التقنينات المدنية. ذلك أن العقد مر بتطورات تدريجية أفرزت انسلاخه عن الجماعة، وارتباطه بالأفراد الذين باتوا ينظمون مراكزهم القانونية ومصالحهم متمتعين بقدر من الاستقلال بدون أن تفنى شخصيتهم في شخص الجماعة. ومع اكتساب الفرد تدريجيا قيمة معنوية ذاتية، كان التحرر التدريجي من الشكلية الجامدة، وترتيب الآثار المباشرة على التعبير عن الإرادة

---

(1) راجع: د/ مصطفى الجمال ـ رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية حقوق باريس حول توفيق العقد مع الظروف الاقتصادية، المرجع السابق، ص 111 وما بعدها.

davy: la foi jurée, étude de sociologie du problème du contrat, Thèse lettres, Paris 1922.

Hoebel (E.A): The Law of primitive man, Cambridge (Massachussettes), Harvard unuversity press, 1954.

وتلاقي الإرادات، فكان العهد المزدهر للمفاهيم الليبرالية القائمة على مقولات المذهب الفردي.

ثم كانت التطورات الاقتصادية والاجتماعية المعاصرة، وتحول الاقتصاد إلى اقتصاد جماعي وجماهيري، وكان مطلوبا من العقد أن يعكس الحقائق الاقتصادية والاجتماعية الجديدة. وبدأ من جديد ينسلخ عن طابعه الفردي ليكتسب طابعا جماعيا، وتم وصف العقد بأنه إحدى مؤسسات القانون الاجتماعي والقانون الاقتصادي، فهو وسيلة وغاية، أي أنه إرادة يحددها هدف، ويتجسد في تقنية تخضع للقانون الموضوعي وللغايات والاجتماعية.[2]

وحيث كانت المفاهيم الاقتصادية السائدة واحدة، كانت الاعتبارات الاقتصادية تملي ذات الحلول في جميع البلدان، وبدأ قانون العقود أكثر أجزاء النظام القانوني استقرارا وتقنية.[3]

بيد أن هذا اليقين بدأ يتزعزع. وكانت البداية عند إعداد التقنين المدني الألماني، حيث تمت إعادة النظر في الأساس الأخلاقي للالتزام التعاقدي، وبدأ التركيز على المغزى الاقتصادي للعقد كرد فعل ضد المغالاة في إبراز مغزاه الأخلاقي القائم على الوفاء بالعهد، فتم النظر إلى التعبير عن الإرادة من جانب الأطراف بصورة أكثر موضوعية، مع تقليص شأن الإرادة الباطنة للمتعاقدين. ومع ذلك، وفي نطاق الدول الراسمالية، ظل قانون العقود مبنيا على أساس فردي يعتد بمصلحة المتعاقد الخاصة، وإن كان ذلك قد بصاحبه اهتمام أكبر بالتعبير عن الإرادة الصادر عن الشخص، واهتمام أقل بنواياه وإرادته الباطنة.

على أن تطورات بالغة الخطورة حدثت فيما بين الحربين العالميتين، ومن اهمها الأزمة الاقتصادية الشهيرة التي مرت بها البلدان الراسمالية، وكان لها أثرها على صعيد النظرية العقدية. وبدلا من المبدأ الفردي للمنشأة الحرة الذي كان من

---

(2) راجع: Piettre (A): Entreprise privée et économie contractuelle, Chronique sociale de France, 1936, PP 443 ets.

Vasseur (M): Un novelle essor contractuel, Rev, trim de droit civil, Janvier - Mars 1964.

(3) راجع: د/مجدي خليل ـ التوجيه الاقتصادي، المرجع السابق، المقدمة التي سطرها الأستاذ/ رينيه دافيد للرسالة.

المسلمات، ظهر مبدأ جديد عرف بمبدأ التوجيه الاقتصادي وتمت مراجعة أساس قانون العقود ذاته، وكُف النظر إلى العقود بوصفها عقودا تهم المتعاقدين وحدهم، وإنما تطلع إليها كثيرون بوصفها أدوات ترمي إلى إنجاز سياسة معينة.

وشملت عملية المراجعة نظرية العقود في مراحلها المختلفة. سواء عند تكوينها أم من حيث مضمونها وآثارها. وبات مسلما به أن يلزم الأفراد أو المنشآت بابرام عقود معينة (التأمين الإجباري ضد الحوادث بالنسبة لمالكي السيارات مثلا) واصبحت صحة العقود ونفاذها يتم تقديرهما في ضوء المطابقة لمعطيات سياسية واقتصادية معينة. وتولى القانون احيانا تحديد مضمون العقد مسبقا، وخضع تنفيذه أو عدم تنفيذه لقواعد تتصل بالمصلحة العامة التي باتت تسود العقد. على أن التحدي الكبير للنظرية التقليدية للعقد كان على صعيد التجارب الماركسية.

الماركسية وقلب النظرية التقليدية للعقد:

تقدمت الإشارة إلى «نظرية باشوكانيس» التي تنبأت بقرب زوال القانون تلازما مع زوال الدولة الماركسية عند بلوغ مرحلة الشيوعية، والتي ساد الاعتقاد أنذاك في قرب دنوها. وكان من شأن ذلك القول بضرورة تصفية رواسب القانون البرجوازي، وفي طليعتها مفهوم العقد المدني، والاستعاضة عنه بمفهوم العقد الاقتصادي الذي يصاغ في نطاق قانون اقتصادي مستحدث.

وإذا كان الاتحاد السوفييتي وغالبية الدول الدائرة في فلكه أنذاك ـ باستثناء المانيا الديمقراطية وتشيكوسلوفاكيا ـ قد رفضت الأخذ بهذا النظر وأبقت على وحدة القانون المدني، إلا أن مفهوم العقد المعمول به في نطاق الأنظمة الماركسية والانظمة الاشتراكية بوجه عام، يختلف بالضرورة عن ذلك الذي أرسته التقنينات المدنية التقليدية لا ختلاف المفترضات والأسس في كل نظام.

ويبرز الفقه الماركسي خصائص العقد في نظامهم القانوني[4]. فهو يتميز عن العقد البرجوازي الذي يستمد خصائصه من المجتمع المنشأ في ظله والذي هو اداة للصراع بين الطبقات. ففي هذا الإطار، يبتعد العقد عن معنى محاولة التوفيق بين المصالح المختلفة، وينتفي التعادل بين الاداءات في إطار قانون يسمح للطرف القوي باستغلال الطرف الضعيف. ويقال في هذا الصدد، إن العقد الماركسي هو عقد اقتصادي يقابل العقد الرضائي البرجوازي.

---

(4) راجع: مالوري ـ النظام العام والعقد، المرجع السابق، ص 144.

هـذا الفارق مـع العقود البـرجوازيـة، يضفي وحدة على العقـود في النظـام الماركسي. ويرى رجال القانون السوفييت أن وحدة العقد تلـك هي التي تدفـع إلى رفض نظريات (باشوكانيس) ومن شايعـه بوصفهـا نظريـات تحريفيـة. ذلك أنـه لا يوجد قانون للقطاع الخاص وآخر للقطاع العـام، وإنما هنـاك قانـون واحد للعقـود تسري عليها كـافة. ويكـون من غير المفيـد التمييز بين الـدائرتين الاقتصـاديتين، الدائرة المخططة والدائرة الحرة. فالعقد المخطط له هدف مباشر هو تحقيق الخطة، أما العقد الخاص فهو يتوخى الهدف ذاته، وإنما بطـريق غير مبـاشرة. وفي جميـع الأحوال، فإن العقد يتوخى النفع العام. وإذا كـانت تقنية العقـد الخاص واردة في القانون المدني، فإن العقد المخطط يقوم على النصوص ذاتها مع مواءمة وتوجيهات الخطة.

«والعقـد المخطط» هو اتفـاق تعاقـدي، وليس جزءا من الخطـة. وكما سطـر الفقيه السوفييتي (امفيتيـاتروف Amphitéatrofy)[5] إن العقـد يتحالف مـع الخطة بطريقة وثيقة، إلا أنه لا يتطابق وإياها. ذلك أن نشاط حلقات الحسـاب الاقتصادي في أنظمة العلاقات التعاقدية لا يتم بأسلوب الأمـر وإنما عن طـريق الاتفاق. وعلى عكس نظام الخطة الذي يجعل إنجاز الخطة أمـرا ملزمـا وصادرا عن جـانب واحد، فإن العقد يدفع إلى تحقيق هذه الخطة مع الهيئة الاقتصـادية لاالمحـددة، منظورا إليها كمتعاقد وفي إطار اتفاقي.

على ذلك، يختلف العقد المخطط عن الخطـة من ناحيتين؛ فهـو من جانب لـه مجاله الخاص والمحدد، ذلك أن الخطة تحـدد القطاع الاقتصـادي الذي يتعين أن يستفيـد من إنتاج معين، في حين أن الخطـة محلها عـام. ومن جانب آخـر، يكـون العقد في الحدود التي تتيحها الخطة اتفـاقا لـه طابعـه النفساني، أمـا الخطة فهي لائحية وذات طابع آخر.

على ذلك، فإن العقد الاقتصادي ـ كما أفرزته التجربة الاشتراكية ـ يكون له طابع النفع العام، وله مضمون اقتصـادي، ويؤدي دورا نفسانيـا. فهو لا ينتمي إلى المصلحة الخاصة، وإنما ينظر إليه بـوصفه أحد التروس الـلازمة لنظـام اقتصاد جماعي. وهو ليس رضائيا، لأن سبب وجوده يكمن في الأداء الذي يكفله. وهو ليس إراديـا وإنما نفسـانيا، وهـدفه هـو أن يجسد المقتضيـات الاقتصـاديـة العـامـة والمجردة.

---

(5) راجع: Bettelheim: L'économie Soviétique, Paris 1950, P 203.

على النحو المتقدم، يوضح الفقه[6] أن المفهوم الاشتراكي للعقد قلب المفهوم التقليدي للعقد المدني ومضمونه. فقد تقلص الشق الذي يُجرى في نطاقه إبرام العقود المدنية نتيجة تقلص نطاق السوق الحرة التي يستطيع فيها الأفراد أن يتبادلوا منتجاتهم أو خدماتهم. ومن جانب أخر ونتيجة اضفاء الطابع الجماعي على وسائل الإنتاج، فإن أغلبية العقود ذات الاهمية الاقتصادية تتم فيما بين هيئات عامة تطبق مفاهيم القانون العام.

اما بالنسبة للحيزالضيق الذي يتم فيه إبرام عقود مدنية خاصة، فيجب التركيز على النقاط الآتية:

- لا توجد حرية حقيقية للتعاقد أو الامتناع عنه، فالأطراف يوجدون في مراكز واقعية، وعليهم أن يدرجوها في الإطار التعاقدي المعد سلفا.
- إن مشروعية العقد يتم تقديرها تبعا للمطابقة للخطة وللنظام العام الاقتصادي.
- إن الغبن سلاح في أيدي العاملين وتستخدمه المحاكم بالتطبيق لغايات المجتمع الاشتراكي ومبادئه.
- إن القوة الإلزامية للعقد تتوقف على إرادة السلطات العامة التي تملك صلاحية تعديلها أو إبطال سريانها تبعا لمقتضيات الخطة وأوامر القانون ونواهيه، حيث أن التطبيقات الاشتراكية لا تعرف «مجالا محجوزا» للنشاط الخاص.
- الأصل في تنفيذ العقود ان يتم عينا.

مشكلة العقود في دول العالم الثالث:

إذا كانت نظرية العقود قد مرت بالتطوراتالمتقدمة في كل من الدول الرأسمالية والدول التي كانت مسماة ماركسية، فقد شهد القرن العشرين - بالأخص منذ نصفه الثاني - بزوغ مجموعة دول العالم الثالث على الساحة الدولية، وهي أخذت بدورها تبحث عن حل لمشكلة العقود، فكان أن جاء الحل في الغالب الأعم حلا تلفيقيا.

يذكر الأستاذ/ السنهوري[7] كيف أن التقنين المدني الجديد وقف بين الفرد والجماعة موقفا معتدلا.

---

(6) راجع: Dalligny: Essai sur les principes d'un droit civil socialiste, op.cit, P 341.

(7) راجع: د/ عبدالرزاق السنهوري - الوسيط، المرجع السابق، ص 126.

ففي نطاق العقد، أقر مبدأ سلطان الإرادة على الرغم مما أورد عليه من قيود تقدم بيانها. فلا يزال الفرد حـرا في أن يتعاقـد، ولا تزال إرادتـه هي التي تنشىء العقـد، وهي التي ترتب آثـاره، فيتم العقد بمجـرد أن يتبـادل طـرفـاه التعبيـر عن إرادتين متطابقتين. فإذا تم، فهو شريعة المتعاقدين.

ولا يزال العقد هو أحد المصادر الرئيسية للالتزامات، ولم ينـزل عن مكانتـه. وإذا كانت مصادر أخرى كالعمل غير المشـروع قد ارتفعت إلى منـزلة العقـد، فإن ذلك لم ينتقص من أهمية العقـد ولا من خطره. وإذا كنـا قد بعـدنا ـ بمـا ورد على الإرادة من قيود لمصلحة كل من الجماعـة والفرد ـ عن مـذهب الفرديـة المتطرفـة التي كانت سائدة في اوائل القرن التاسـع عشر، والتي تشبـع بها التقنين المـدني الفرنسي عند صدوره ـ فإن التقنين الجديد لا يـزال يحترم إرادة الفـرد، ويقر مـا تتجه إلى تحقيقه من آثار بحدود معقولة في عصر تطور فيه مذهب الفـردية تطـورا خطيرا، ونزل فيه عن كثير من مظاهر الغلو.

وسوف نتبين من خلال هذا المؤلف إلى أي مدى كـان المشرع مـوفقا فيمـا ساقه من حلول بشأن نظرية العقد، وإلى أي مدى يكـون من المتعين مراجعـة تلك الحلـول التلفيقيـة والاستعـاضـة عنهـا بحلـول أخـرى مستمـدة من الشـريعـة الطبيعية يقررها الشعب في مؤتمراته الشعبية، لتحكم الروابط التعاقدية على صعيد القطاعين الاشتراكي والفردي.

*

المبحث الثاني

التعريف بالعقد

العقد ظاهرة اجتماعية ممتدة عبر التاريخ، وعبر الحضارات والثقافات. من هنا، اكتسب تعريفه معان مختلفة.

التمييز بين معنيين للعقد:

يُجرى التمييز بين فكرتين للعقد؛ إحداهما واسعة،والاخرى ضيقة ترجع إلى تراث القانون الروماني.[1]

ا ـ المعنى الضيق للعقد:

يقوم هذا المعنى على اعتبار العقد توافق إرادتين على إنشاء التزام، وذلك نقلا عن القانون الروماني الذي كان يرى العقد مجرد اتفاق على إنشاء التزامات بين الطرفين من دون النظر إليه بوصفه اتفاقا ينصب على علاقات قانونية.

ترتيبا على هذا المعنى، اخرج من نطاق العقد التصرفات التي يكون القصد منها إنشاء علاقات عائلية أو حقوق عينية أو تعديل التزامات أو إنهائها.

وقد ترك هذا المعنى بصمته في القانون المدني الفرنسي، وفي الفقه الفرنسي التقليدي بوجه عام حيث جرت التفرقة بين العقد والاتفاق.

---

(1) راجع: د/عبد الحي حجازي ـ النظرية العامة للالتزام، الجزء الاول، مصادر الالتزام: ا ـ المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، 1962م، ص 181 وما بعدها.

فقيل، إن الاتفاق هـو توافق إرادتين أو أكثـر على إنشاء التـزام، أو نقله، أو إنهـائه. أمـا العقد فهـو أخص من الاتفاق؛ وقـد عرفتـه المادة 1101 من التقنين المدني الفرنسي بأنه «اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخـاص نحو شخص أو عـدة أشخاص آخـرين، باعطـاء شيء أو بفعله، أو بـالامتناع عن فعلـه». وهذا التعريف للعقد يتضمن العقد والالتزام معا، ويبين أن العقد هو مصدر الالتزام وأنه إذا كان موضوع العقد هو إنشاء التـزام، فموضـوع الالتزام هـو عمل إيجـابي أو سلبي.

على ذلك، يتضح أن كل عقد يكون اتفاقا، اما الاتفاق فلا يكـون عقدا إلا إذا كان منشئا لالتزام أو ناقلا له. فإذا كان يعدل الالتزام أو ينهيه، فهو ليس عقدا.[2]

فالاتفاق جنس، والعقد نوع من أنواعه يبرم من أجل إنشاء الالتزامـات. اما الاتفـاقات فمجـالها أكثـر سعة حيث تشمـل كذلـك حوالـة الحقـوق، والإبـراء من المـديونيـة[3] فهي تقوم على تـلاقي الإرادات فيمـا بين شخصين أو أكثـر بهـدف إحداث أثر قانوني.

ب ـ المعنى الواسع للعقد:

يقوم هذا المعنى على أن العقد هو توافق إرادتين على إنشاء التـزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه، بحيث يكون العقد مرادفا للاتفاق.

ويحبذ الفقه السائد هذا المعنى الواسع، والذي تسـانده المـادة التي درجت على استخدام المصطلحين بدون تمييـز، فالنظـرية العـامة للعقـد هي في النهايـة نظرية الاتفاق.

وكان البعض من أعلام الفقه الفرنسي (بـلانيول، ريبيـر، اسمان) قـد ذهبوا إلى اهميـة التمييز بين العقـد من حيث الأهليـة، فهي تختلف في العقـد عنهـا في الاتفاق.

غير أن هذا النظر لم يسلم من النقد، وقيل بحق، إن الأهلية تختلف باختلاف العقود ذاتها، فهي في عقود المعاوضة مثلا غيرها في عقـود التبرع. ومـع ذلك، لم يقل أحد ان هناك فرقا ما بين الهبة والبيع من حيث أن كـلا منهما عقـد لمجرد أن

---

(2) راجع: د/عبدالرزاق السنهوري ـ نظرية العقد، ص 80.

(3) راجع: جستان ـ نظرية العقد، ص 3.

د/إسماعيل غانم. مصادر الالتزام ص 47.

الأهلية تختلف في أحدهما عنها في الآخر. فالحقيقة هي أن الأهلية التي يتطلبها القانون تتوقف على خطورة التصرف، لا على كونه منشئا أو غير منشيء للالتزام.

فإذا كنا بصدد عقد هبة تكون الأهلية المطلوبة هي أهلية التبرع، وإذا كنا بصدد عقد بيع فإن الأهلية المطلوبة هي أهلية التصرف، وفي عقد الإيجار هي أهلية الإدارة. هذه العقود جميعها منشئة للالتزامات، ومع ذلك فإن الأهلية المطلوبة في كل واحدة منها مختلفة. وبالمثل بالنسبة للتصرفات المهنية للالتزامات، فالأهلية المطلوبة في الوفاء بالالتزام هي أهلية التصرف، أما إذا كنا بصدد الإبراء من الالتزام فالأهلية المطلوبة تكون أهلية التبرع.

من هنا، يكاد ينعقد إجماع الفقه الحديث على الأخذ بالمعنى الواسع للعقد، والقول بأن العقد والاتفاق مترادفان[4]. وقد أخذ بهذا النظر المشروع الفرنسي - الإيطالي للالتزامات، حيث عرف في المادة الأولى منه العقد بأنه «اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها».

وفي إطار هذا المعنى الواسع للعقد، يحدد الفقه نطاقا للنظرية العامة للعقد المدني.

نطاق العقد المدني:

يدور هذا النطاق في إطار القول بأن النظرية العامة للعقد المدني تنطبق حيث يتم الاتفاق في نطاق القانون الخاص وفي دائرة المعاملات المالية.[5]

فمن جانب يقال، إن نظرية العقد المدني لا تشمل العقود التي تقع في نطاق القانون العام، مثل الاتفاقات الدولية التي ينظمها القانون الدولي العام، والعقود الإدارية التي يحكمها القانون الإداري، وإن كان أنصار هذا النظر يسلمون بأن تلك العقود قد تأثرت بنظرية العقد المدني.

---

(4) راجع: د/عبد الرزاق السنهوري - نظرية العقد، ص 81.
د/ عبد الفتاح عبد الباقي - نظرية العقد، المرجع السابق، ص 37.
د/سليمان مرقس - الوافي، نظرية العقد، ص 56.

(5) راجع: د/عبد الحي حجازي، المرجع السابق، 182.
د/ إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص 48.
د/سليمان مرقس - الوافي، المرجع السابق، ص 59.
جستان - نظرية العقد، ص 4.

وقد نادى بهذا النظر فقه القانون العام بوجه خاص، أبرزهم (ديجي، هوريو، جيز)[6]. ويدعو هذا النظر إلى وجوب حصر نظرية العقود وتطبيق القواعد الخاصة بها في الأعمال القانونية التي يظهر فيها عنصران أساسيان؛ أولهما مظهر توافق الإرادتين، وثانيهما إنشاء حالة قانونية (حقوق والتزامات) فردية. ومؤدى هذا النظر إخراج عدة أعمال قانونية من دائرة العقود، منها ما اصطلح على تسميته بالعقود الإدارية، وعلاقة الموظف بالحكومة، والأعمال القانونية الاضطرارية التي عرفت بعقود الإذعان.

وينطلق هذا النظر من المفهوم الليبرالي لمبدأ سلطان الإرادة. فيقال مثلا - بالنسبة لعلاقة الموظف بالجهة الإدارية التي يعمل بها - إن شروط التوظف هي من عمل الحكومة وحدها، فلا يجوز لموظف أن يتشرط لنفسه شروطا خاصة. ومن المبادىء الأولية أن «العقد شريعة المتعاقدين». ومعنى ذلك، إنه متى تم العقد فلا يجوز لأحد الطرفين أن ينفرد بتغيير شروطه بدون رضا الطرف الآخر أما الموظف، فإنه خاضع لأحكام التوظف فلا يكتسب حقا، كما أنه يجوز أن توضع لوائح جديدة من الحكومة يستفيد منها الموظف بغير طلبه.

وقيل كذلك بالنسبة لعقود الإذعان - وقد سميت بالأعمال القانونية الاضطرارية - إنه حيث يكون أحد المتعاقدين مضطرا لقبول شروط معينة (كالتعامل مع مرفق البريد والبرق والنقل... الخ) فإنه لا يسوغ القول بأن الارتباطات بين الجهة المتعاقدة والفرد هي علاقة تعاقدية. فوفقا لرأي (ديجي) تكون إرادة المتعاقدين وحريتهم في تحديد جميع شروط العقد هي الأساس والمحور الذي تدور حوله نظرية العقود. وحيث ثبت أن حرية أحد المتعاقدين ليست كاملة وأنه خاضع بحكم الضرورة والظروف لقبول شروط معينة، فلا يمكن القول بأن هذه الأعمال تدخل في دائرة العقود.

وإذ لا يتسع المقام الآن للتعرض لهذه المسألة التي سوف نتناولها تفصيلا، فإنما نكتفي بالقول - مع البقاء في إطار النظرية التقليدية للعقود - بأن الشروط

---

(6) راجع: Duguit (L): ies transformations générales du droit privée, P 114 ets. Haurion (M): droit administratif, 7 éme édition P 614.

Jèze: Principes généraux de droit administratif, 2 ème édition, PP 24 ets, P 409.

د/ محمد صادق فهمي، المرجع السابق، ص 69.

التي يخضع لها الفرد في مثل هذه الظروف هي في الحقيقة لمصلحته لأنها وضعت لمصلحة الجمهور، ويكون من المحبذ ـ كما يقول ديموج ـ[7] أن العقود التي تتم بين الأفراد يكون فيها التكافؤ الموجود في مثل العقود المسماة «عقود إذعان». ومن ثم، لا تكون حرية الفرد ناقصة، وإنما محمية، وحماية مصلحة الفرد لا يسوغ اعتبارها انتقاصا من حريته.

ومن جانب آخر، يقال إن مبادىء نظرية العقد لا تنطبق على الاتفاقات التي تخرج عن دائرة المعاملات المالية، وإن كانت واقعة في نطاق القانون الخاص، كالزواج والتبني في الشرائع التي تجيزه، بل تخضع هذه العقود لأحكام خاصة. واشتراط هذا الطابع المالي، من شأنه تفادي التسوية بين التصرف القانوني الثنائي وبين العقد.

مع ذلك، لاحظ بعض الفقه[8] أن الحقوق غير المالية أو حقوق الشخصية، وإن كانت بحسب الأصل غير قابلة للتنقل، إلا انها قد تقبل نوعا من التصرف فيها. من ذلك مثلا السماح للغير بنشر الصورة الفوتوغرافية، أو نشر بعض مذكرات تتعلق بالحياة الخاصة. وكذلك الامر في العلاقات الاسرية، هناك بعض التشريعات الحديثة التي تقر بصحة اتفاقات قانونية تبرم بين أطراف وتنظم مسائل غير مالية، مثل الحضانة أو الاتفاق على تربية الأولاد. يضاف إلى ذلك، إن العقود تنشىء أشخاصا معنوية وينص القانون المدني على ذلك، فتقضي المادة 494 على أن «الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو اكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع اقتصادي بتقديم حصة من مال أو من عمل لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح».

والواقع، إن المحاولات المضيقة لمفهوم العقد يعيبها جميعا أنها تربط بين فكرة العقد بوجه عام وبين التصوير الذي صورت به في ظل المذهب الفردي وسلطان الإرادة، وقد تقدم بيان كيف انتكس هذا التصوير في الدول الليبرالية ذاتها.

ويبقى أن الأمر الهام في تحديد قوام العقد، هو توفر توافق الإرادتين على إحداث أثر قانوني.

---

(7) راجع: Demogue (R): les obligations, 1 V, No = 23 bis, 1 er édition.

(8) راجع: جستان، المرجع السابق، ص 4.

قوام العقد توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني:[9]

ليس كل توافق إرادتين عقدا، إذ يشترط في العقد أن يكون توافق الإرادتين حاصلا قصد إحداث أثر قانوني. ولذلك. فإن عديدا من الاتفاقات المتصلة بالمظاهر المختلفة من المجاملات الاجتماعية، كالدعوة لتناول غداء أو الاشتراك في رحلة أو مبيت لدى صديق أو خدمات مجانية كتلك التي يتبادلها الجيران كلها اتفاقات لا ترتيب آثار قانونية ولا تعد عقودا، فهي تخرج عن دائرة القانون، وتفتقر إلى الجزاء القانوني.

وعلى ذلك حكم بأن وصف المتعاقد لا يصدق على من ورد ذكره في العقد كأحد أطرافه دون أن يكون له صلة بترتب الأثر القانوني الناشىء عن العقد. فإسباغ وصف المتعاقد إنما ينصرف إلى من يفصح عن إرادة متطابقة مع إرادة أخرى على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو زواله في خصوص موضوع معين يحدده العقد[10].

تعريف العقد ـ موقف الفقه الوضعي:

تضمن المشروع التمهيدي لتنقيح القانون المدني المصري في المادة 122 منه تعريفا للعقد بأنه «اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديها أو إنهائها».

أعد هذا النص نقلا عن المشروع الفرنسي ـ الإيطالي، ويلاحظ في شأنه أنه رغم اعتداده بالإرادة المشتركة للمتعاقدين أكثر من اعتداده بالإرادة الفردية لكل منهما، لا يتشيع لأحد المذهبين اللذين يتنازعان الغلبة في نطاق تنظيم العقود، وهما المذهب اللاتيني في الإرادة الباطنة، والمذهب الجرماني في الإرادة الظاهرة.

---

(9) راجع: جستان، المرجع السابق، ص 5 و 6.

- د/سليمان مرقس ـ الوافي، المرجع السابق، ص 57 و 58.

(10) راجع: نقض مدني مصري صادر بجلسة 1979/3/14م، مجموعة احكام النقض، س 30 ع 1، ص 786.

فالتعريف لا يذكر أن العقد «اتفاق إرادتين» بل يقرر أنه «اتفاق ما بين شخصين». وقد حذف هذا النص اخذا بالرأي القائل بتجنب التعريفات بقدر الإمكان فيما لا ضرورة لتعريفه.[11]

على هذا النحو، جاء التقنين المدني خلوا من تعريف للعقد، ويعرفه الأستاذ/ السنهوري بانه «توافق إرادتين عل إحداث اثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله او إنهاؤه»[12]. ويعرفه فقيه آخر، بانه «توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني»[13] أو هو «ارتباط الإيجاب بالقبول على إحداث أثر يرتبه القانون». وقد ورد هذا التعريف في المادة 31 من القانون المدني الكويتي، ومؤداه أن العقد اتفاق بين شخصين او اكثر او توافق إرادتيهما على إحداث أثر قانوني. فالاتفاق أو التوافق لا يكفي في ذاته لقيام العقد ما بقيت الإرادة كامنة في نفس صاحبها، لم تتجاوزها إلى العالم الخارجي عن طريق التعبير عنها.

ويلاحظ على التعريف السائد في الفقه المعاصر، وإن اختلفت العبارة من فقيه إلى آخر، انه تغلب عليه النزعة الذاتية لانه يعول على اتجاه الإرادتين إلى إحداث الأثر القانوني. وهو يختلف بعض الشيء عن تعريف العقد في الفقه الإسلامي حيث تغلب عليه النزعة المادية.

تعريف العقد في الفقه الإسلامي ـ المعنى اللغوي:

يبرز الفقهاء المعنى اللغوي لكلمة العقد، فيقصد به الجمع بين اطراف الشيء وربطها، وضده الحل. ويطلق بمعنى إحكام الشيء وتقويته. ومن معنى الربط الحسي بين طرفي الحبل، اخذت الكلمة للربط المعنوي للكلام أو بين الكلامين. ومن معنى الإحكام والتقوية الحسية للشيء، اخذت اللفظة واريد بها العهد. ولذا، صار العقد بمعنى العهد الموثق، والضمان وكل ما ينشيء التزاما.[14]

---

(11) راجع: مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني، الجزء الثاني، ص 9 و 10.

(12) راجع: د/عبدالرزاق السنهوري ـ الوسيط، ص 73.

(13) راجع: راجع: د/سليمان مرقس ـ الوافي، ص 57.

د/عبد الفتاح عبد الباقي ـ نظرية العقد، ص 33.

(14) راجع: محمد ابوزهرة ـ الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص 171.

د/جمال الدين محمود ـ سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي، ص 242 هامش 1.

د/ بدران بدران ـ الشريعة الإسلامية: تاريخها ونظرية الملكية والعقود، الاسكندرية، ص 363.

المعنى الفقهي:

جمهور الفقهاء يرون أن العقد هو تعلق كلام احد العاقدين بالآخر شرعا على وجه يظهر أثره في المحل، أو ما يتم به الارتباط بين إرادتين من كلام أو نحوه فيترتب عليه التزام بين طرفيه.

ونصت المادة 262 من «مرشد الحيران لمعرفة أحوال الإنسان» في المعاملات الشرعية على أن «العقد هو عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر عن أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه. ويترتب على العقد التزام كل واحد من المتعاقدين بما وجب به الآخر».

ونلمس أن مشروع قانون المعاملات العربي الموحد قد تأثر بهذا التعريف حيث تنص المادة 746 منه على أن «العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر عن أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه بينهما». وهو تعريف يكاد يكون مطابقا لتعريف المجلة العدلية للعقد.

ومؤدى هذا التعريف، أنه إذا صدر الإيجاب والقبول مستكملين شرائطهما الشرعية، اعتبر الشرع بينهما ارتباطا بسببه يظهر أثر في المعقود عليه الذي هو محل العقد، وهو الأموال التي يقصد المتعاقد أن تتبادل الحقوق فيها. وذلك الأثر، هو خروج المعقود عليه عن حالته الأولى إلى حالة جديدة. فإن كان بيعا خرج المبيع من ملك البائع إلى ملك المشتري، وخرج الثمن من ملك المشتري إلى ملك البائع.

على أنه إذا كان الارتباط على وجه غير مشروع، لا يظهر لذلك أثر في المعقود عليه. ويسوق الفقه مثالا من يقول لشخص أخر أجّرتك على قتل فلان بكذا من المال أو على إتلاف زراعته، وقال الآخر قبلت.

هذا، ويلاحظ في شأن المعنى الشرعي للعقد، أنه إذ يبرز أثر العقد بالنسبة للمعقود عليه أي يؤدي إلى تحويل شيء من حال إلى حال، فإن ذلك يكشف عن اثر من آثار النزعة الشيئية أو المادية في الفقه الإسلامي. وهذه النزعة جعلت الفقهاء ينظرون هنا إلى النتائج الأخيرة للعقد، ويتخطون النتائج الأولى لانعقاد العقد من ناحية أنه ينشىء التزاما شخصيا.[15]

---

(15) راجع د/محمد سلام مدكور ـ المدخل في الفقه الإسلامي، ط 1966م، ص 507 و 509.

أمـا مشروع القـانون المـدني الجماهيـري، فقد سـار على نهج التشـريعات الحـديثة من حيث تجنب إيـراد تعريف للعقـد، باعتبـار أن ذلك أقـرب إلى العمـل الفقهي.

* *

الفصل الثاني

تقسيم العقود

تتعدد الزوايا التي يمكن تقسيم العقود على اساسها، والأمر المهم في هذا المقام هو تقسيم العقود من الناحية القانونية، اي من حيث خضوعها لقواعد قانونية تختلف باختلاف كل طائفة من هذه العقود. فكل طائفة منها تخضع لأحكام لا تخضع لها غيرها.[1]

اما الفقه الفرنسي، فقد درج في تقسيمه للعقود على التمييز بين التصنيف الذي اجراه المشرع للعقود، ثم التصنيف الذي ساقه الفقه لها[2]. غير انه يؤخذ على هذا النظر أن تقسيم العقود عمل فقهي لا تشريعي، لذلك نجد القوانين الحديثة قد خلت من النص على هذا التقسيم، سواء في ذلك القانون الألماني أم السويسري أم الايطالي.

ولم يكن التقنين المدني المصري القديم يتضمن تقسيما للعقود، وسار المشرع على النهج ذاته في التقنين المدني المصري الجديد، إذ ذكرت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي أن المشروع قد تعمد إغفال تقسيمات العقود التي توجد في اكثر التقنينات اللاتينية النزعة، لأن العناية بها من شأن الفقه، ولذلك رئي من الأحوط أن تهمل في النصوص التشريعية.[3]

---

(1) راجع: د/عبد الحي حجازي ـ مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 329.

(2) راجع: جستان ـ نظرية العقد، ص 6 وما بعدها.

(3) راجع: مجموعة الاعمال التحضيرية، الجزء الثاني، ص 11.

وما يهم التنبيه إليه، هو أن العقود في عددها لا تتناهى ولا يشملها الحصر، ويظهر منها في كل يوم جديد. وما ذلك إلا لأن للارادة أن تنشيء من العقود ما تريد تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة. على أنه إذا استعصت العقود على الحصر، فلا أقل من تجميع كل ما يتشابه منها في فصيلة خاصة، حتى نتبين القواعد الأساسية التي تحكم كل فصيلة.[4] ونتناول هذه الفصائل جميعها بحسب ترتيب اهميتها:

اولا ـ العقود الرضائية والعقود الشكلية والعقود العينية:[5]

يستند هذا التصنيف إلى النظر إلى العقود من حيث تكوينها، فيقال إنها تنقسم إلى: عقود رضائية، وعقود شكلية، وعقود عينية.

والعقد الرضائي، هو الذي يتم بمجرد تلاقي الإرادات التي تم التعبير عنها، فيكفي أن تتلاقى الإرادتان لتكون العقد من دون تطلب شكل معين. والأصل، إن العقود رضائية ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. وهذه الرضائية الحديثة تتعارض مع الشكلية العتيقة المشهورة عن القانون الروماني، حيث كان لابد من اتباع طقوس معينة حتى ينتج العقد آثاره.[6]

أما العقود الشكلية أو غير الرضائية، فهي عقود تتطلب أن يتم التعبير عن الإرادة في شكل معين يحدده القانون بحيث يعد هذا الشكل ركنا في انعقاد العقد لا يكون له وجود بدونه[7]. وهذا الشكل يكون في الغالب تحرير ورقة رسمية تدون فيها إرادة الطرفين. ويقال في هذه الحالة، إن العقد عقد رسمي، ويقصد الشارع بفرضه إما توجيه نظر العاقدين إلى أهمية العقد الذي يبرمانه وخطورته، وإما حماية الغير وتنظيم الائتمان.

مثال ذلك في القانون المدني الليبي ما تنص عليه المادة 477 من أن

---

(4) راجع: د/عبد الفتاح عبد الباقي ـ نظرية العقد، ص 55.

(5) راجع: جستان، المرجع السابق، ص 15.

د/ سليمان مرقس ـ نظرية العقد، ص 80 وما بعدها.

د/ عبد الرزاق السنهوري ـ الوسيط، ص 187.

د/عبد الفتاح عبد الباقي ـ نظرية العقد، ص 59.

(6) راجع: سافاتييه ـ نظرية الالتزامات في القانون الخاص الاقتصادي، المرجع السابق، ص 179.

فلور (و) اوبير ـ نظرية الالتزامات، ص 66.

(7) راجع: د/سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 83.

«1 ـ تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة ما لم تتم ستار عقد آخر». كما تنص المادة 1034 على أن «1 ـ لا ينعقد الرهن إلا إذا كان بورقة رسمية وفقا لأحكام النظام العقاري».

ويبرز الفقه التطور الذي طرأ على مبدأ الشكلية في العقود. فبعد أن كان هو الأصل في تكوين العقد، أضحت الرضائية هي الأصل مع الاعتداد بمبدأ سلطان الإرادة. والآن قد انتكس هذا المبدأ، ودبت الحياة في مبدأ الشكلية من جديد، إلا أنها شكلية من نمط مغاير للشكلية الأولى. فهي مجرد ركن إضافي يلزم توفره فوق الأركان الأخرى اللازمة لانعقاد العقد، وأهمها رضا الطرفين. وكذلك لم يعد الشكل هو المكون للعقد، بل صار قالبا فقط تصب فيه الإرادة بحيث إذا وجد هذا القالب وانعدمت الإرادة التي كان يلزم صبها فيه أو وجدت ولكنها كانت مشوبه بأي عيب من عيوب الرضا، وقع العقد باطلا أو قابلا للابطال بالرغم من استيفائه الشكل الذي نص عليه القانون.[8]

الشكل في إطار الاقتصاد الموجه:

يضاف إلى ما تقدم، إن من شأن نمو الاقتصاد الموجه والاشتراكية أن دبت الحياة من جديد في مبدأ الشكلية. ذلك أنه من الواضح أن الدولة لا تستطيع أن تنجز سياسة اقتصادية موجهة لمصلحة الجماهير إلا في إطار قانوني واقتصادي على قدر من الطابع الآمر. وفي هذا الإطار، ينزوي دور الإرادة وتصبح خاضعة لرقابة الدولة توخيا لأهداف متنوعة: منها ما يتصل بتنفيذ الخطة الموضوعة، وما يتصل بحماية المستهلكين، أو توفير حاجات الكافة في حدود الإمكانيات المتاحة. وغالبا ما تكون وسيلة تحقيق ذلك باللجوء إلى أسلوب العقود ذات المضمون والصياغة المحددين سلفا، بحيث يصبح العقد تعبيرا عن خضوع الأطراف لنظام إلزامي وموضوعي.[9]

قريب من هذا النظر، ما نصت عليه المادة 54 من مشروع القانون المدني الجماهيري من أنه:

---

(8) راجع: د/عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 62.
د/ فتحي عبد الله، المرجع السابق، ص 396.

(9) راجع: Rieg (A): le rôle de la Volonté en droit civil francaes et allemand, thèse, droit, Paris 1961, P 218.

«1 ـ إذا قرر القانون شكلا معينا لإجراء التصرف وجب اتباعه.
2 ـ تجرى كتابة:
أ ـ التصرفات بين الوحدات الإدارية والمنشآت الشعبية والتعاونيات والمنظمات الجماهيرية والجمعيات ذات النفع العام، بعضها والبعض.
ب ـ التصرفات أجلة التنفيذ.
جـ ـ التصرفات التي درج العرف على إجرائها كتابة».

وتضمنت شروح هذه المادة بيان أن الاصل هو الرضائية في التصرفات، لكن الشكل يمكن أن يفرضه القانون كوسيلة للرقابه وللحماية. واشتراط الكتابة بالنسبة للتصرفات ما بين الوحدات الإدارية والشعبية، يكون كوسيلة للرقابة على الوحدات المذكورة لتمكين جهة المحاسبة من القيام بعملها.

أما بالنسبة للتصرفات آجلة التنفيذ، فذلك عملا بقوله تعالى: «ياأيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه.. ولا تسأموا أن تكتبوه صغيرا أو كبيرا إلى أجله، ذلكم اقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى الا ترتابوا..» (البقرة ـ 282).

وقد تناول مشروع القانون المدني الجماهيري مسألة «العقد النموذجي». فنصت المادة 217 منه على:
«1 ـ تكون العقود النموذجية المقررة من الشعب واجبة الاتباع.
2 ـ تنظم قرارات اللجنة الشعبية العامة طرق إعداد العقود النموذجية».

وابرزت شروح هذه المادة أن الغاية من العقد النموذجي هي الرقابة والحماية في آن واحد. والعقد النموذجي يتضمن شروحا تقرّ من قبل الشعب، ولا تمليها الإدارة البيروقراطية أو الإدارة الراسمالية كما هو حال النظم التقليدية.

على هذا النحو، كانت عودة الشكلية في التعاقد تجاورا مع مبدأ الرضائية.

التمييز بين الشكلية القانونية والشكلية الاتفاقية:

يقرر الفقه[10] أن القانون هو الذي يحدد العقود الشكلية والشكل المتطلب في كل عقد. ولا يسوغ القياس على ما يقرره منها لأن العقود الشكلية استثناء، والاستثناء لا يتوسع في تفسيره ولا يقاس عليه. على أن الشكل الذي يتطلبه

(10) راجع: د/عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 61 وما بعدها.

القانون لا يجعل من التصرف شكليا إلا إذا كان ضـروريا لـذات قيامـه، بحيث انه ينعدم إذا تخلف. اما إذا لم يصل دور الشكل إلى هـذا الحد، فـلا يكون التصـرف شكليا وإنما يستمر رضائيـا. ومثال ذلـك ما يتعلق بـإثبات التصـرف، حيث يشترط القانون الدليل الكتابي ولا يجيز التصرف بالبينة (المادة 387 مدني). فالشكـل هنا مطلوب للاثبات فحسب، فإن تخلف لا يمنع ذلك من أن التصـرف موجـود وصحيح في حقيقة الواقع، وإن صعبت إقامة الدليل عليه قضاء.

أما حيث تكون الشكلية مطلوبة، فالعقـد يبطل لعـدم استيفاء الشكـل المقرر قانونا. وحكم بأنه يتولد عن آثاره الطبيعية التي لا تتعارض مع النظام العام «التزام طبيعي» لا جبر في تنفيذه باختياره، ولا يصـح له استـرداده. ولا يعد هـذا التنفيذ تبرعا وإنما يجرى عليه حكم الوفاء، فلا يكون للمدين ان يستـرد ما أوفـاه فعلا ولا أن يرجع في الوعد بالوفاء به مستقبلا.[11]

وقد تكون الشكلية اتفاقية، فلا يـوجد مـا يمنع المتعـاقدين من أن يتفقـا في حـالة معينـة في ذاتها على أن يكـون عقد رضـائي بطبيعته ـ كعقـد البيع ـ عقـد شكليا، كأن يشتـرطا أن يتم في الشكـل الرسمي أو في محـرر مكتـوب. ذلـك أن الصفة الرضائية لعقد من العقود ليست متعلقة بالنظـام العام، ويكـون للمتعاقـدين بالتالي أن يتفقا على استلزام شكل معين لإبرام التعاقد.

بيد انه قد يستلزم المتعـاقدان شكـلا معينا بـدون أن يفصحا عمـا إذا كان الشكل الذي ارتضيـاه لازما لتكوين العقد، أم إنه مجرد شرط للاثبـات. وهنا، تثـار مسـألة معرفة الأثر المترتب على تخلف الشكل المتفق عليه.

هذا، وقد تقدم القول بـأن الأصل في العقـود هو «الـرضائيـة». ومؤدى هذا الأصـل، أنه حيث يتعـذر الوقـوف على نية المتعـاقـدين في شـأن تكييف الشـرط الشكلي الذي اشترطا استيفائه، فإنه يتعين النظر إليه بوصفه شرطا للاثبات وليس للانعقاد.

وكان المشروع التمهيدي للقانون المدني يتضمن نصـا مخالفـا، حيث نصت المادة 149 منه على انه عند الشك يفترض أن العاقدين قصـدا أن لا يتم التعاقـد بينهما إلا بتدوين العقـد وتوقيعـه منهما. ورأت لجنـة المراجعـة حذف هـذا النص

---

(11) راجـع: حكم المحكمة العليـا في الطعن المدني رقم 24/93 ق، صـادر بجلسـة 1980/2/10م، مجلة المحكمة العليا، س 16 ع 1980/7/4م، ص 77.

لإمكان الاستغناء عنه[12]. ومن ثم، يكون متعينا الرجوع إلى الأصل عند الشك في نية المتعاقدين، واعتبار الشرط الشكلي للاثبات وليس لانعقاد العقد.[13]

وقد تسنى لمحكمة النقض المصرية التصدي لهذه المسألة. فأرست المبدأ الذي يقضي بأن الأصل في اشتراط الكتابة في العقود الرضائية إنما يكون لمجرد إثباتها، إلا انه ليس ثمة مايمنع الطرفين من اشتراط تعليق انعقاد العقد على التوقيع على المحرر المثبت له، إذ ليس في هذا الاتفاق ما يخالف النظام العام، واستخلاص قصد العاقدين من هذا الاتفاق هو ما يستقل به قاضي الموضوع.[14]

ولتقرير مدى خضوع العقد لمبدأ الشكلية، تحدد المادة 20 من القانون المدني ضوابط تحكم الشكل الذي يسود العقد، فتنص على أن «العقود مابين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز ايضا أن تخضع للقانون الذي يسري على احكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك».

المستفاد من صياغة هذا النص، أن المشرع قصد إلى جعل تطبيق قانون محل إبرام التصرف هو القاعدة العامة، وذلك ـ حسبما جاء بالمذكرة الإيضاحية ـ مراعاة للضرورات العملية. على أن المشرع إذ أجاز للمتعاقدين إبرام التصرف في الشكل الذي يقضي به أحد القوانين المنصوص عليها بالمادة 20 فإنه يكون قد قطع بذلك في اعتبار قاعدة خضوع شكل التصرف لقانون محل إبرامه ذات طبيعة اختيارية[15]، وحسم بذلك خلافا فقهيا محتدما حول مدى جواز اعتبارها متعلقة بالنظام العام.

ولا شك أن القوانين المشار إليها في المادة 20 ليست مقطوعة الصلة بالتصرف الذي يباشره المتعاقدان، كما أن لتطبيق كل منها مايبرره. فقانون محل

---

(12) راجع: مجموعة الاعمال التحضيرية، الجزء الثاني، ص 73 و 73.

(13) راجع: د/ سليمان مرقس ـ الوافي، المرجع السابق، ص 82.
د/ عبد الرزاق السنهوري ـ الوسيط، الجزء الاول، ص 152.
د/ عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 62.

(14) راجع: نقض مدني بجلسة 1965/10/16م، طعن رقم 30/287 ق، مجموعة احكام النقض، س 16 ص 925.

(15) راجع: د/ عزالدين عبد الله ـ القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، طبعة 1977م، س 490 وما بعدها.

إبرام التصرف تبرره الضرورة العملية، وقانون موضوع التصرف يبرره اعتبار وحدة القانون الذي يحكم التصرف، وقانون الجنسية المشتركة تبرره معرفة العاقدين به أكثر من غيره في بعض الأحيان، وقانون الموطن المشترك تبرره معرفة العاقدين به وأهمية الموطن في تنفيذ العقد.

وتناولت المذكرة الإيضاحية المرافقة للمادة 20 توضيح المقصود بالشكل، فتذكر أنه «يراعى أن اختصاص القانون الذي يسري على الشكل لايتناول إلا عناصر الشكل الخارجية، أما الأوضاع الجوهرية للشكل - وهي التي تعتبر ركنا في انعقاد التصرف كالرسمية في الرهن التأميني (الرسمي) - فلا يسري عليها إلا القانون الذي يرجع إليه للفصل في التصرف من حيث الموضوع»(16). بذلك يكون المشرع قصد إلى إخضاع الشكلية التي تكون ركنا في التصرف للقانون الذي يحكم موضوع التصرف، وليس لقانون محل إبرامه. وعلى ذلك، فكلما كان موضوع التصرف محكوما بالقانون الوطني وكان هذا القانون يجعل الرسمية ركنا فيه - كما هو الشأن في الهبة والرهن الرسمي - كان من المتعين إجراؤه في الشكل الرسمي في الجماهيرية أو في الخارج، بمعنى أنه يجوز إجراؤه في الشكل المحلي مادام هو الشكل الرسمي.

وقد ارست محكمة النقض المصرية في هذا الشأن المبادىء التالية:(17)

ذكرت المحكمة انه إذا كان اختصاص القانون الذي يسري على الشكل لا يتناول - على ماافصحت عنه المذكرة الإيضاحية - إلا عناصر الشكل الخارجية أو الأوضاع الجوهرية في الشكل - وهي التي تعتبر ركنا في انعقاد التصرف كالرسمية في الرهن التأميني - فتخضع للقانون الذي يحكم موضوع التصرف وليس لقانون محل إبرامه، ذلك أن الشكلية التي تقتضي الإثبات تخضع لقانون محل إبرامه. وعلى هذا، فإذا استلزم القانون الذي يحكم موضوع التصرف الكتابة لإثباته ولم يستلزمها قانون محل إبرامه، تعين الأخذ بهذا القانون الأخير. لما كان ذلك وكانت المادة 18 مدني قد نصت في فقرتها الأولى على أن «يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون الموقع فيما يختص بالعقار» مما

---

(16) راجع: مجموعة الاعمال التحضيرية، الجزء الأول، ص 296.

(17) راجع: نقض مدني صادر بجلسة 1973/5/17م، مجموعة احكام النقض س 24 ص 772 و 137.

نقض مدني صادر بجلسة 1975/2/12م، س 24 ص 364.

مؤداه أن يدخل في مجال إعمال قانون موقع العقار بيان طرق كسب الحقوق العينية وانتقالها وانقضائها سواء كانت خاصة بهذه الحقوق كالاستيلاء والتقادم المكسب، أم غير خاصة بها كالعقد، وسواء ترتب على العقد نقل الملكيـة في الحال أم تـرتب عليه الالتزام بنقل الملكية، إلا انه وقد اغفل المشرع في المادتين 18 و 19 مدني النص على خضوع التصرف المتـرتب عليه كسب الحق العيني أو تغييـره أو زواله من حيث الشكل وشروط الصحـة لقانـون موقـع العقار على غـرار مافعـل القانـون البولوني الذي استقى منه المشرع نص المادتين المذكورتين ، فـإن العقد المتعلق بعقار يخضع لقـانون مـوقعه من كـافة الـوجوه مـاعدا الأهليـة التي تظل خـاضعة لسلطان قانون الشخص، والشكل الخارجي للتصرف الذي يظل خاضعا لقانون محل إبرامه. وإذا كـان عقد البيـع في القانـون المدني المصـري على ما افصحت عنـه المادة 418 منه عقدا رضائيا - إذ لم يشترط القـانون لانعقـاده شكلا خـاصا، بـل ينعقد بمجرد تراضي المتبايعين سواء كان في حقيقته ام يستر هبة - فإن الوكالـة في البيع تكون بدورها رضائية ولا تستـوجب شكلا خـاصا لانعقـاده عملا بـالمادة 700 منه، وبالتالي فإن الوكالة في البيع تخضع في شكلها الخـارجي لقانـون محل إبرامها اي للقانون السعودي. وإذا التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر، فإن النعي عليه في هذا السبب يكون على غير اساس.

العقود العينية:(18)

يعرف العقد العيني بـأنه، العقـد الذي لايكفي لانعقـاده مجرد التـراضي بل يجب فيه فوق ذلك تسليم العين موضوع التعاقـد من أحد الطـرفين للآخـر، أي ان يكون أحد الأطراف قد نفـذ اداءه. ومثالـه، عقد القـرض او الوديعـة أو الرهن في التقنين الفرنسي.

هذه العقود، تفترض أنه قدم تم «توريد» الشيء الذي يكون أحد الأطراف قد وعد به الطرف الآخر. ففي عقد القرض مثلا، يتفق الطرفـان على أن أحدهمـا يقدم والآخر يتلقى المبلغ محل القرض. ولا يحمـل العقد تسميـة القرض إلا اعتبـارا من تاريخ توريد الشيء محـل القرض، فكـل عقد يسمى عينـا يبنى على تسليم الشيء انطلاقا من عقد سابق.

---

(18) راجع: جستان، المرجع السابق، ص 15.
سافاتييه: المرجع السابق، ص 176.
د/ إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص 60.

ويعد العقد العيني من استثناءات نظام الشكلية الذي كان سائدا في القانون الروماني، فقد استثنيت عقود أربعة من الإجراءات الشكلية التي كانت تسود العقود في ذلك العهد. وتحصلت الاستثناءات في عقود عارية الاستهلاك وعارية الاستعمال والوديعة والرهن الحيازي، حيث تطلب القانون بالنسبة لها تسليم الشيء المعقود عليه.

واستبقى التقنين المدني الفرنسي العينية بالنسبة لهذه العقود الأربعة، واضاف إليها عقدا خامسا هو الهبة اليدوية ويقصد بها هبة المنقول ـ وتنعقد بتسليم المنقول الموهوب إلى الموهوب له ـ بدلا من الرسمية في الهبة العقارية.

الوضع في التشريع الليبي:

قصر المشرع العقد العيني في القانون المدني على حالة الهبة اليدوية التي تقوم عليها المادة 477 فقرة 2 وتقضي بأنه «يجوز في المنقول ان تتم الهبة بالقبض بدون حاجة إلى ورقة رسمية. وتتحصل العينية في أن العقد يتم بتسليم الشيء من يد الواهب إلى يد الموهوب له بحيث يتعاصر التنفيذ والانعقاد».

وكان القانون المدني المصري القديم (نقلا عن القانون الفرنسي) يعتبر القرض والعارية والوديعة والرهن الحيازي عقودا عينية، إلا أنه عدل عن هذا النظر في التقنين المدني الجديد واصبحت عقودا رضائية بعد أن كف التسليم عن أن يكون شرطا لانعقادها، واصبح مجرد أثر يترتب عليها. فالرهن الحيازي مثلا، ينعقد صحيحا بمجرد التراضي عليه بين الراهن والمرتهن حتى قبل أن يسلم الشيء المرهون إلى هذا الأخير. فتسليم المرهون هنا يقع أثرا لعقد الرهن لا ركنا لازما لقيامه، ويتمثل هذا الأثر في التزام أساسي يتحمل به الراهن لصالح المرتهن.[19]

وكانت العينية تجد تبريرها من النظر إلى الالتزام بالرد الذي كان يقع على عاتق المتعاقد الذي تسلم الشيء. وبدهي أن الشخص لا يلتزم بالرد إلا إذا تسلم الشيء، لذلك كان لابد من التسليم حتى ينشأ الالتزام بالرد.

ويرى الفقه، أن هذا النوع من الشكلية ذو طابع فني. وقد تعرض الطابع العيني في هذه العقود لانتقادات شديدة، فقيل إنه لم تعد له الآن ضرورة تقتضي

(19) راجع: د/ عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 64.
د/عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 315.

الإبقاء عليه، وإن هناك عقودا يوجد فيها الالتزام بالرد ـ كعقد الإيجار ـ ومع ذلك لم يكن عقد الإيجار عقدا عينيا يجب لانعقاده أن يسلم المؤجر العين إلى المستأجر. من هنا، كان هجر القانون المدني لهذا النوع من الشكلية.

يضاف إلى ذلك، إن العينية لا تكون مقبولة إلا بوصف كونها إجراء شكليا مخففا. فلا يكون لها محل بعد أن تقرر مبدأ الرضائية، إلا حيث تدعو الحاجة إلى اتباع هذه الشكلية المخففة. وذلك هو الحال في هبة المنقول، فمن السائغ أن يشترط التسليم ركنا لانعقادها تنبيها للواهب إلى خطورة هذا التصرف.

وتسري بالنسبة للعينية ما سبق تقريره بالنسبة للشكلية. فيجوز أن يتفق المتعاقدان على أن يجعلا العقد الرضائي عقدا عينيا بأن يتفقا على أن العقد لا ينعقد إلا بتسليم المحل المعقود عليه أو بتنفيذ شرط من التزام أحد الطرفين، ومثال ذلك عقود التأمين. ففي الغالب ينص فيها على الا يتم العقد إلا بعد أن يدفع المؤمن له القسط الأول، فيكون العقد عينيا، ومصدر العينية في مثل هذه الحالة هو الاتفاق لا القانون. وكذلك في عقد نقل بضائع، فهذا العقد ـ إن كان بحسب الأصل عقدا رضائيا يتم بمجرد توافق إرادة طرفيه، إلا أنه يجوز الاتفاق بينهما على تأخير انعقاده إلى وقت تسليم البضاعة المنقولة ـ فيعتبر حينئذ عقدا عينيا.

ثانيا ـ عقود مسماة وعقود غير مسماة:

أساس هذا التقسيم هو موضوع العقد. ويقصد بالعقود المسماة تلك التي نظمها المشرع تنظيما مفصلا ببيان القواعد التي تحكمها سواء كانت هذه القواعد مقررة أم آمرة، وسواء كانت تطبيقا للقواعد العامة في نظرية العقد أم خروجا عليها، وسواء ورد هذا التنظيم في التقنين المدني كالشأن في عقد بيع والشركة وغيرها من العقود التي يضمها الكتاب الثاني منه أم ورد في قانون خاص كالشأن في عقد العمل الفردي أو عقد الزواج.

أما العقود غير المسماة، فهي التي لم يتناولها المشرع بالتنظيم المفصل وإن شاعت في العمل. وهي لاتقع تحت حصر، إذ يملك أصحاب الشأن ـ إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة ـ إبرام ما شاءوا من عقود تحقق الغايات العملية التي يهدفون إليها ما دام اتفاقهم لا ينطوي على مخالفة للنظام العام أو الآداب. من ذلك عقد النزول في فندق، وعقد الإعلان، والعقد بين مدير المسرح والممثلين.[20]

---

(20) راجع: د/ محمد كمال عبد العزيز ـ التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه، الطبعة الثانية 1985م، الجزء الثاني، المجلد الأول، ص 8 وما بعدها.

والعقود المسماة الواردة في التقنين المدني المصري ـ وبالتالي في التقنين المدني الليبي ـ واحد وعشرون عقداً، قسمها المشرع إلى خمس طوائف:[21]

1) العقود التي تقع على الملكية. وتشمل البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح (م 407 ـ 556 من التقنين المدني الليبي)، مع مراعاة التعديلات التي ادخلها المشرع على بعض هذه العقود بموجب القانون رقم 86 لسنة 1972م في شأن تحريم بعض عقود الغرر في القانون المدني.

ومثال ذلك، تعديل المواد (1/458 و 461 و 439 و 540 و 544) بشأن عدم جواز بيع الحقوق المتنازع عليها وبيع الشركة والقرض والعيوب الخفية وإنشاء الدخل الدائم مع إلغاء المواد 545 و 547 بشأن بعض احكام عقد الدخل الدائم.

العقود الواردة على الانتفاع بالشيء. وهي الإيجار والعارية (المواد 557 ـ 644 من التقنين المدني الليبي).

3) العقود الواردة على العمل. وتشمل عقود المقاولة والتزام المرافق العامة والعمل والوكالة والوديعة والحراسة. (المواد 645 ـ 738 من التقنين المدني الليبي).

4) عقود الغرر. وتشمل المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين. (المواد 739 ـ 780 مدني ليبي) مع مراعاة تعديل المادة 1/740 و 744 و 740 و 746 وإلغاء الفقرة الثانية لكل من المادتين 739 و 740 بموجب القانون رقم 86 لسنة 1972م.

5 ـ عقود التأمينات الشخصية والعينية وتشمل الكفالة، وهي من عقود التأمينات الشخصية، وقد افرد لها المشرع باباً خاصاً (م 781 ـ 810) والرهن الرسمي والرهن الحيازي وهما عقدا التأمينات العينية، وقد عالجهما المشرع في الكتاب الخاص بالحقوق العينية التبعية. (المواد 1033 ـ 1133 مدني ليبي).

وكان المشروع التمهيدي للقانون المدني ينص في المادة 123 منه على أن:

«1 ـ تسري على العقود المسماة منها وغير المسماة القواعد العامة التي يشتمل عليها هذا الفصل.

---

(21) راجع: د/ إسماعيل غانم ـ مصادر الالتزام، ص 53.

2 ـ اما القواعد التي تنفرد بها بعض العقود المدنية فتقررها الأحكام الواردة في الفصول المعقودة لها، وتقرر قوانين التجارة القواعد الخاصة بالعقود التجارية».

غير أن لجنة المراجعة، حذفت هذا النص لعدم الحاجة إليه.[22]

والتمييز بين العقود غير المسماة، يرجع إلى تراث القانون الروماني حيث تضمن تصنيفا لبعض العقود بمراعاة اهميتها وطبيعتها ومحلها، وأعطى لها تسمية خاصة بها وأخضعها لقواعد متماثلة.

واستبقى «تقنين نابوليون» أسس هذا التصنيف، وإن تغير مضمون العقود. ومع استمرار التطور، صدرت تشريعات تنظم أنماطا جديدة من العقود، مثل عقد التأمين، وعقد نشر المؤلفات الفنية أو الأدبية، وعقد التمثيل، وعقد نقل البضائع برا وبحرا. ويلاحظ أن بعض العقود حققت استقلالا ذاتيا بفضل القضاء الذي أرسى بالنسبة لها قواعد ذاتية، من ذلك عقد الحساب الجاري، وعقد نقل الأشخاص.

وتشكل جملة هذا العقود طائفة «العقود المسماة». وكما تقدم القول، يكون من شأن مبدأ حرية التعاقد استحداث انماط أخرى من العقود لا تحمل تسمية معينة في القانون، وإن خضعت للقواعد العامة التي تسري على الروابط العقدية.[23]

على أن العقود المسماة تأثرت أحكامها بتطور الظروف الاقتصادية، فلم تعد تحمل ذات السمات القديمة. فعلى سبيل المثال، وطبقا للمصطلحات الاقتصادية الحديثة، يبدو كل عقد يتضمن معنى التبادل مقابل نقد أو خدمة وكأنه عقد بيع. بينما في ظل القانون الروماني، كان هذا العقد ينطبق على الأشياء فحسب. ومع ظهور مفهوم الأموال المعنوية غير المادية، بدأ تطبيق بعض القواعد الخاصة بعقد البيع عليها بصورة تدريجية وغير كاملة. فالالتزام بالتسليم الناشىء عن عقد البيع كان يقوم على معنى النقل المادي للحيازة، وذلك امر يبدو عسيرا بالنسبة لنقل الأموال المعنوية، فكانت حوالة الحق التي هي بيع لمال معنوي (المادة 292 مدني

---

(22) راجع: مجموعة الأعمال التحضيرية، الجزء الثاني، ص 11.

(23) راجع: سافاتييه، المرجع السابق، ص 183.

فلور (و) اوبير، المرجع السابق، ص 65.

ليبي). وأضيف لهذه الحوالة بديل عن التسليم المادي «المستحيل» تمثل في «رمز» قوامه إعلان المدين بالحوالة على يد محضر، ليقوم الإعلان بديلا عن التسليم المادي.

اما عقد الوكالة ـ الذي بموجبه يكلف شخص شخصا أخر بأن يجري لحسابه شخصيا تصرفا قانونيا ـ فقد كان ينظر إليه الرومان بوصفه خدمة يتبادلها الأطراف، وبالتالي كان مجانيا. ولا تزال هناك قرينة على هذه المجانية تنص عليها المادة 709 فقرة 1 من القانون المدني الليبي (المادة 1986 مدني فرنسي). ولا شك أن عقد الوكالة قد تأثر بالمتغيرات الاقتصادية الدائرة على الساحة اليوم، واصبح عقدا لازما لسير العمل بالنسبة للأشخاص المعنوية والأشخاص الطبيعية. وتلجأ المؤسسات اليوم إلى شبكة واسعة من عقود الوكالة وجميعها بأجر. والملاحظ اليوم أيضا، أن غالبية العقود تبرم وتنفذ في الدائرة الاقتصادية بواسطة الوكلاء.

وبالنسبة لعقد الشركة، فإن التطورات الاقتصادية الحديثة تضفي عليها اهمية لم تبلغها في العهود السابقة. فالشركات التي اهتم بها التقنين المدني كانت شركات أشخاص، وكانت نادرة، وتقوم على المعرفة الوثيقة والمتبادلة بين الشركاء. ومن الواضح أن الوضع اليوم على خلاف ذلك، فقد ظهرت أشكال جديدة من الشركات التجارية ،والمدنية صدرت بها تشريعات لاستكمال تصور التقنين المدني.

أهمية التفرقة بين طائفتي العقود المسماة وغير المسماة:

تبدو اهمية التمييز بين العقود المسماة وتلك غير المسماة في تحديد القواعد التي تحكم كل منها. فإذا كنا بصدد عقود من الطائفة الأولى، تعين الرجوع إلى القواعد القانونية الخاصة بكل عقد منها حسبما وردت في التقنين. اما إذا كانت المسألة تتعلق بعقد غير رسمي، فيكون الرجوع إلى القواعد العامة للعقد هو الأمر الواجب، وقد تضمنها الكتاب الأول من القسم الأول من التقنين المدني. وبتعبير أخر، إن العقود المسماة تحكمها أولا النصوص الخاصة بها، ثم النصوص العامة فيما لا يرد بشأنه نص خاص. اما العقود غير المسماة، فلأنها ليست لها نصوص خاصة بها، تنطبق عليها أولا وقبل كل شيء الأحكام العامة الواردة في الكتاب الأول من التقنين المدني. وفي كلا النوعين، يجوز عند تعذر استخلاص الحل المنشود من طريق النصوص العامة، الرجوع في ذلك أحيانا إلى النصوص الخاصة المتعلقة بعقد آخر واستنباط الحل منها بطريق مفهوم الموافقة أو القياس

إذا توفرت شـروطه. فيجـوز مثلا ـ عن طـريق القياس ـ تطبيق بعض أحكـام البيع على عقد الهبة، كحكم بيع ملك للغيـر وحكم تسليم المبيع وملحقـاته، أو على عقـد الإيجـار كالأحكـام المتعلقة بـزمان تسليم المبيـع ومكانـه وتحديـد مقداره وبيـان ملحقاته، وذلك دونما حـاجة إلى إحـالة صـريحة على تلـك الاحكام في بـابي الهبة والإيجار.[24]

على أن القول بتوفر مقومات العقد المسمى من عدمه، يقتضي تكييف العلاقة التعاقدية التي نكون بصددها. ويقصد بالتكييف، تحديد الوصف القانوني للعقد، إذ أن هناك ضوابط مقررة لتكييف العقود.

ضوابط تكييف العقد:

عمليـة التكييف تقتضي أن يقـوم القـاضي أولا بتفسيـر إرادة المتعـاقـدين لتحـديد مقصـدهما، ثم يقـابل القـاضي بين تلك الإرادة وبين المـاهية القـانونيـة المجـردة لكل عقـد من العقود، حتى ينتهي إلى أن تلـك الإرادة تتفق وطبيعة عقـد مسمى معين، أو إلى أنها تختلف عن أي عقد من العقود المسماة.

ومن المقـرر أن العبرة في تكييف العقـد بأنـه أحد العقـود المسمـاة أو من العقـود غير المسمـاة بحقيقة مـا اتجهت إليـه إرادة المتعـاقـدين، بـدون اعتـداد بالوصف الذي يخلعونه على العقد. فقـد حكمت المحكمة العليـا بأنـه «إذا لم تبلغ عبارات العقود من الوضوح الحد الذي يدعو إلى عـدم الانحراف عنهـا، يتعين عند تفسيره البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين بدون الوقـوف عند المعنى الحـرفي، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل ومـا ينبغي أن يتوفـر من الأمانـة والثقة بين الطرفين وفقا للعرف الجاري في المعاملات»[25].

وحكمت محكمة النقض المصرية بأنه إذا كان العقـد مشتملا على التـزامات متبادلة بين طرفيه، إذ التـزم أحدهمـا أن يملك الآخـر قطعة أرض بشـرط أن يقيم عليها مؤسسة خيرية، فإنه لا يكون عقد تبرع، كما أنه ليس ببيع ولا معاوضة وإنما هو عقد غير مسمى، فلا تجب له الرسمية ولا يجوز الرجوع فيـه، وذلك على الـرغم مما هو وارد في الاتفاق من ألفاظ التنازل والهبة والتبرع، فإن كل هذه الالفـاظ إنما

---

(24) راجع: د/سليمان مرقس ـ الوافي، المرجع السابق، 113 و 114.

(25) راجـع: حكم المحكمة العليـا صادر بجلسـة 1976/7/27م في الطعن المـدني رقم 21/172 ق، مجلة المحكمة العليا، السنة 13ع 2، اكتوبر 1977م، ص 151.

سيقت لبيان الباعث الذي حدا بصاحب الارض ان يملّك المجلس (مجلس مديرية المنيا) إياها، فهي لا تؤثر بحال على كيان العقد وحقيقته[26]. وحكمت ايضا بأن المناط في تكييف العقود وإعطائها الاوصاف القانونية الصحيحة، هو بما عناه المتعاقدون منها حسبما تستظهره المحكمة من نصوصها وتؤدي إليه وقائع الدعوى ومستنداتها إذا كان الحكم المطعون فيه قد كيف العلاقة بين الطاعن والمطعون ضدهم (الأربعة الأول) بأنها علاقة وكالة مستندا إلى ما ثبت بالعقد المبرم بين الطرفين من أن الطاعن، وهو محام اتفق مع المطعون ضدهم (الأربعة الأول) على أن يقوم بالدفاع عنهم كمدعين بحقوق مدنية في قضية الجنحة رقم.... حتى الحصول على حكم نهائي فيها، ثم إقامة الدعوى المدنية اللازمة للحصول على التعويض النهائي، وإلى حضوره عنهم كمدعين مدنيين في الجنحة، واستئنافه للحكم الصادر فيها ضدهم بصفته وكيلا عنهم، وإقامته الدعوى المدنية رقم..... باسمهم، واستئنافه للحكم الصادر فيها، فهذه تعتبر تابعة للعمل القانوني الذي باشره لصالحهم، فإنه يكون قد التزم صحيح القانون حين اعتبره وكيلا عنهم.[27]

غير أن الأمور لا تكون في الغالب بهذه السهولة، فقد أفرز العمل ما يعرف بـ «العقود المركبة» التي يندرج في إطارها اكثر من عقد يكون منتميا لأكثر من طائفة. فمثلا عقد استئجار غرفة في فندق، يتضمن في أن واحد عقد إيجار شيء (حجرة الفندق) وعقد إيجار خدمات (العاملون في الفندق). والاتجاه السائد يرقى إلى وصف العقد بأنه مختلط، وهو أمر يثير صعوبات حيث يكون من المتعذر ـ في إطار عقد مركب واحد ـ أن يطبق على كل عنصر القواعد المقابلة له. وقد أدت هذه الصعوبة إلى أن اتجه المشرع حديثا إلى أن يتناول بصورة اكثر تفصيلا عددا من العقود التي لم يكن ينظمها من قبل، وتتحول بذلك من عقود غير مسماة إلى عقود مسماة.[28]

---

(26) راجع: حكم نقض مدني مصري صادر بجلسة 1940/4/11م، منشور بمجموعة الجزء الثالث، البند 49 ص 153.

(27) راجع: حكم نقض مدني مصري صادر بجلسة 1980/2/6م، مجموعة احكام النقض المدنية، س 31 ص 413.

(28) راجع: سافاتييه، المرجع السابق، ص 185.

فلور (و) اوبير، المرجع السابق، ص 65.

راجع: لمزيد من التفصيل: د/سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 114 وما بعدها.

ثالثا ـ العقود المدنية والعقود الإدارية:

يتصل هذا التقسيم بموضوع العقد. فيجرى التمييز بين العقود المدنية التي تبرم بين أشخاص القانون بعضهم مع بعض، أو بينهم وبين شخص من أشخاص القانون العام لاعتباره صاحب سيادة. اما إذا تعاقد أحد هذه الأشخاص الأخيرة باعتباره صاحب سيادة، فإن عقده يعتبر عقدا إداريا تسري عليه الأحكام الخاصة بالعقود الإدارية، وتنحسر عنه أحكام القانون المدني المقابلة لتلك الأحكام الخاصة.[29]

على هذا النحو، يتبين اهمية التمييز بين العقود الإدارية والعقود المدنية من حيث إن ذلك يكشف عن النظام القانوني الذي يحكم العقد، هل هو نظام القانون العام الذي يطبقه القضاء الإداري، أم أنه النظام العام للعقود الوارد في التقنين المدني؟.

وسوف نتناول في الكتاب الثاني «نظرية العقود الإدارية وأحكامها» إلى جانب عرض أحكام العقود الاقتصادية، باعتبار أن النظرية الجماهيرية تقضي بتطوير أحكام قانون المعاملات بما يتفق مع واقع علاقات التداول في المجتمع الجماهيري بحيث يتم التقريب بين أحكام العقود التقليدية الثلاثة: العقود المدنية، والعقود التجارية، والعقود الإدارية في إطار نظام جماهيري يقوم على الإدارة الشعبية وإلغاء الاستغلال.

ويُقتصر في هذا المقام على عرض النظرية التقليدية في التمييز بين العقد المدني والعقد الإداري في إطار التنظيم القانوني الوضعي حسبما جاء في أحكام التقنين المدني وأحكام قانون القضاء الإداري، وحسبما استقر في شأنه القضاء الليبي.[30]

تعريف العقد الإداري:

يمكن تحديد خصائص العقد الإداري حسبما حددتها المحكمة العليا بأنه عقد يكون أحد طرفيه شخصا معنويا عاما ومتعلقا بمرفق عام ومحتويا على شروط

---

(29) راجع: د/سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 21.

د/سليمان محمد الطماوي ـ مبادىء القانون الإداري، الكتاب الثالث، الإدارة وامتيازاتها، دار الفكر العربي، 1973م، ص 303.

(30) راجع: لزيد من التفصيل: د/ صبيح بشير مسكوني ـ القضاء الإداري، ص 221 وما بعدها.

استثنائية وغير مألـوفة في العقـود الخاصـة، أو متضمنا لمـا يفيد أن الإدارة قـد اتجهت في إبرامه إلى الأخذ بأسلوب القانون العام.[31]

في المعنى ذاته، ذهبت محكمة النقض المصرية في حكم حديث لها إلى «أن القانون وإن لم يعرف العقود الإدارية ولم يبين خصائصها التي تميزهـا عن غيرهـا من العقود والتي يهتدى بالقول بتوفر الشروط اللازمة لها ولحصانتها وصيـانتها من تعرض المحاكم لها بالتعطيـل أو بالتـأويل إلا ان إعطـاء العقود التي تبـرمها جهـة الإدارة وصْفها القانوني الصحيح باعتبارها عقودا إداريـة أو مدنيـة، إنما يتم على هدي ما يُجـرى تحصيله منهـا ويكون مطـابقا للحكمـة من إبرامهـا. لما كـان ذلك، وكـانت العقود التي تبـرمها الإدارة مـع الافـراد وعلى مـا جـرى بـه قضـاء هـذه المحكمة، فهي لا تعتبر عقودا إدارية إلا إذا تعلقت بتسييـر مرفق عـام أو بتنظيمه، وأظهرت الإدارة نيتها في الأخذ بشأنها بأسلوب القانون العام وأحكـامه، واقتضـاء حقوقها بطريق التنفيذ المباشر، وذلك بتضمين العقد شروطا استثنائية غير مألـوفة بمنأى عن أسلوب القانون الخاص، أو تحيل فيها الإدارة على اللوائح الخاصة بها».[32]

ويعد شرط الأخذ بأساليب القانون العام العنصر الحاسم لتكييف العقد بأنـه عقد إداري. ذلك أنه لا يكفي لاعتباره كذلك أن تكون الإدارة طرفـا فيه وأن يتصـل بمـرفق عام، وإنمـا يتعين فوق ذلك أن تظهر فيـه نية الإدارة في الأخـذ بأسلـوب القانون العام. وتظهر هـذه النية عن طـريق تضمين العقد شـروطا استثنـائية غيـر مألوفة في القانون الخاص، وهي ـ حسبما تعرفها المحكمة الإداريـة العليا بمجلس الدولة المصري ـ الشروط التي تمنح أحد الطرفين حقوقا أو تحمله التزامات غريبة في طبيعتها عن تلك التي يمكن أن يوافق عليها من يتعاقد في نطاق القانون المدني أو التجاري وليس حتما أن ترد الشروط الاستثنائية في العقـد عند إبـرامه، إذ قـد يفرضـها القانون سلفا قبل إتمام العقد، ويستلزم وجودها النظام المـوضوع لإنشـاء وإدارة المرفق العام.[33]

---

(31) راجـع: حكم المحكمة العليـا بجلسـة 13/11/1983م في الطعن الإداري رقم 27/16 ق، مجلـة المحكمة العليا، السنة 21 ع 1،اكتوبر 1984م، ص 25.
احكام أخرى مشار إليها في مؤلف د/ صبيح مسكوني سالف الذكر.

(32) راجـع: حكم محكمـة النقض المصـريـة صـادر بجلسـة 5/6/1985 في الطعن رقم 373 لسنـة 1954م.

(33) راجع: لمزيد من التفصيل، د/احمد عثمان عياد ـ مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، طبعة سنة 1973م، ص 39 ومابعدها.

نكتفي في هـذا الصدد بـالإشارة إلى أن أهميـة التمييز بين العقـد المـدني والعقد الإداري تتبدى في أن العقد الإداري يتميز بأحكام خـاصة تتعلق بـابرامـه، سـواء من حيث كيفية اختيـار الإدارة لمن يتعاقـد معها عن طـريق المناقصـات أو المزايدات أو الممارسة، أم بكيفية إبرام العقد وما يتصل بذلك من قيود وإجـراءات تتعلق بالمرحلة السابقة على التعاقد، أو بعملية التعاقد ذاتها، أو بالشكل الذي يفرغ فيه التعاقد، أو بالقـواعد التي تحكم سـلامة وبطـلان العقد والجـزاء المترتب على ذلك. كما يتميز العقد الإداري بأحكام خاصة بالالتزامات المتولـدة عنه، سـواء من حيث الآثار الناشئة عن العقد أم من حيث التزامات المتعاقد مع الإدارة وسلطاتهـا حياله أو من حيث حقوقه تجاه الإدارة، كما يتميز بأحكام خاصة بانتهاء العقد. ومن هنا، تبرز الأهمية القصوى في تكييف طبيعة العقد لتحـديد النظـام القانـوني الذي يخضع له.

ويجدر التنويه في هذا الصدد إلى أن تكييف العقد بأنه عقد مدني أو عقد إداري، يعتبر مسألة قانونية يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا.

رابعا ـ العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد:(34)

أساس هذا التمييـز، النظر إلى العقـود من حيث طبيعتها وآثـارها ومن حيث تقابل الالتزامات فيها.

يقصـد بالعقـد الملزم للجـانبين أو التبادلي، العقـد الذي ينشىء التـزامات متبادلة على عاتق الأطراف، فيكون كل طـرف دائنا ومـدينا، ومثـال ذلك عقـد البيع والإيجار. فيلاحظ مثـلا في عقد البيـع أن المشرع في التقنين المـدني يتحدث عن التزامات البائع (المواد 417 ـ 444) ثم عن الالتزامات المقابلة لها والتي تقع على عاتق المشتري (المواد 445 ـ 454). فهناك التزام أساسي على البائع بـأن يسلم الشيء المبيع، والتزام أساسي على المشتري بأن يدفـع الثمن. وبالمثـل، في عقد

(34) راجع: جستان ـ نظرية العقد، ص 7 وما بعدها.
فلور (و) أوبير ـ الالتزامات، ص 60 وما بعدها.
سافاتييه ـ الالتزامات والقانون الاقتصادي الخاص، ص 175 وما بعدها.
د/عبد الرزاق السنهوري ـ الوسيط، الجزء الأول، ص 196 وما بعدها.
د/سليمان مرقس ـ الوافي، ص 93 وما بعدها.
د/ عبد الحي حجازي ـ الالتزامات، مصادر الالتزام، ص 331 وما بعدها.
د/ إسماعيل غانم ـ مصادر الالتزام، ص 52 وما بعدها.
د/عبد الفتاح عبد الباقي ـ نظرية العقد، ص 69 وما بعدها.

الإيجار يكون المؤجر ملزما بأن يترك المستأجر ينتفع بالعين المؤجرة، ويقابله التزام المستأجر بأن يسدد له الأجرة المتفق عليها.

وهذا التبادل في الالتزامات، يحقق تبادل الأموال والخدمات الذي يشكل الوظيفة الاقتصادية الأساسية للعقد.

ويقصد بالعقد الملزم لجانب واحد، العقد الذي ينشيء التزاما على طرف قِبل طرف آخر من دون أن يلزم هذا الطرف الثاني بأي التزام مقابل. ففي إطار هذا العقد، لا يكون هناك تقابل بين الالتزامات، وذلك عندما يكون المدين مدينا فقط والدائن دائنا فقط.

وهنا يتعين تجنب الخلط الشائع بين العقد الملزم لجانب واحد، وبين التصرف القانوني الصادر من جانب واحد. فهذا الأخير ليس عقدا، وفيه ينشأ الالتزام من إرادة المدين وحدها. أما في العقد الملزم لجانب واحد، فينشأ الالتزام من تعبيرين عن إرادتين متطابقتين: إرادة الدائن، وإرادة المدين.

ومثال العقد الملزم لجانب الواحد، الوعد بالبيع بالمقابلة لعقد البيع. فالوعد بالبيع عقد ملزم لجانب واحد، في حين أن البيع عقد تبادلي. ففي مرحلة الوعد بالبيع، يكون هناك طرف واحد ملتزم، هو الطرف الذي التزم بالبيع تبعا لمشيئة الطرف الموعود له. فإرادة هذا الاخير دائنة، ولا تتحمل التزامات في المقابل.

على أنه إذا استعمل الموعود له بالبيع خياره ووافق على إيجاب البيع الموجه له، فإن هذا الوعد يتحول إلى بيع كامل، ويصير العقد تبادليا. فأحد الأطراف التزم بنقل الملكية والتسليم، مقابل التزام الطرف الآخر بدفع الثمن، وبالتالي يكون كل طرف دائنا ومدينا للطرف الآخر في آن واحد.

ويرى البعض أن التمييز بين العقد من جانب واحد والعقد التبادلي، يعكس في الغالب تتابعا في الزمان أكثر منه اختلافا في الطبيعة. فبالنسبة لنفس العقد، هناك في الغالب مرحلة تبادلية تعقب المرحلة التي هي من جانب واحد، كما قد تحدث مرحلة من جانب واحد تعقب المرحلة التبادلية بحيث لا يكون الفصل بينهما جامدا.

مثال ذلك، إنه حين يكون هناك اتفاق مبدئي يخول لأحد الأطراف أن يستخدم خيارا (مثاله الوعد بالبيع) نكون إزاء عقد من جانب واحد يمهد لعقد تبادلي يتحقق عقب استخدام الخيار. وفي العادة، يحدث أن أحد المتعاقدين ينفذ

التزامه قبل المتعاقد الآخر، عندئذ يتحول العقد التبادلي إلى عقد ملزم لجانب واحد. ومثال ذلك ايضا عقد الوديعة، فهو - بحسب الأصل - عقد ملزم لجانب واحد، فالمودع لديه هو وحده الملزم بأن يرد الوديعة. ومع ذلك، إذا كان هناك أجر اشترط لصالح المودع لديه، فإن العقد يصبح تبادليا طالما أن هناك التزاما يقع على المودع.

من هنا، يبين أن إرادة الأطراف يكون لها اثر في تحديد طبيعة العقد. فالوعد بالبيع هو - بحسب الأصل - عقد ملزم لجانب واحد. ومع ذلك، جرت العادة على أن يشترط مقابل لصالح الواعد، وهذا المقابل يكون نظير انه يجمد ماله فلا يتصرف فيه حتى يتخذ الطرف الآخر قراره بالشراء من عدمه. ففي حالة رفضه استعمال خيار الشراء، يكون عليه أن يدفع مبلغا من المال. ويلاحظ أن النص على هذا الالتزام المالي لا يحول عقد الوعد بالبيع إلى عقد بيع، لكنه مع ذلك يضفي على العقد طابعا تبادليا. فهنا، تكون إرادة الاطراف قد تدخلت لتغيير طبيعة العقد.

الحال كذلك بالنسبة للهبة، فهي - بحسب الأصل - عقد من جانب واحد، إلا أنها قد تلقي التزاما على عاتق المستفيد، كأن يهب شخص عقارا لمجلس البلدية ليقيم متحفا أو دارا للرعاية الاجتماعية. وهنا، يتم التساؤل عما إذا كان العقد لم يتحول إلى عقد ملزم للجانبين، كما قد تحدث تطورات في العلاقة بين الطرفين خلال مرحلة التنفيذ.

والسؤال المطروح يدور حول ما إذا كان العقد الذي بدأ في الأصل ملزما لجانب واحد، ثم تحول إلى عقد تبادلي اثناء التنفيذ، بأن اصبح الطرف الذي لم يكون مدينا بأي التزام متحملا بدوره التزاما - وهو ما يسمى بالعقد التبادلي الناقص - وهل يخضع لنظام العقود التبادلية أو لنظام العقود الملزمة لجانب واحد؟.

حكم العقود التبادلية الناقصة:

يسوق الفقه[35] المثال التالي: الفرض إننا بصدد عقد ملزم لجانب واحد، بمعنى إن الدائن فيه غير مدين بأي التزام، ولكن قد يحدث اثناء تنفيذ العقد ما يجعله مدينا لمدينه الأصلي. ومثال ذلك في عقد الوكالة، إذا انفق الوكيل نفقات

---

(35) راجع: د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 98.
جستان، المرجع السابق، ص 9.
فلور (و) اوبير - الالتزام، التصرف القانوني، ص 62

لمصلحة موكله، أو صرف الوديع مصروفات ضرورية لحفظ الوديعة، أو كان الشيء المودع مصابا بعيب سبب أضرارا للوديع:

في الأمثلة المتقدمة، يلتزم الدائن، وهو الموكل أو الوديع ما انفق، أو أن يعوض الوديع عما أصابه من ضرر. وينص القانون المدني على ذلك صراحة في المادة 710 بالنسبة لرد نفقات الوكيل، وفي المادة 725 بالنسبة لاسترداد نفقات المودع عنده أو تعويضه عما لحقه من خسارة بسبب الوديعة. وفي هذه الفروض، أصبح الدائن مدينا بدوره لمدينه. ويكون لهذا المدين ـ الوكيل أو المودع عنده ـ أن يحبسا الأشياء الموجودة في حوزتهما بموجب عقد الوكالة أو الوديعة إلى أن يقوم الموكل أو المودع بوفاء ما عليه.

وبالنظر لهذا التحول في طبيعة العلاقات بين طرفي العقد، أطلق البعض على هذه العقود وصف «العقود التبادلية الناقصة» فهي «تبادلية» من حيث إنها تؤدي إلى التزامات متبادلة يرى المشرع بينها ارتباطا يبرر نشوء الحق في الحبس، ولكنها تبادلية «ناقصة» لأنها تختلف عن التبادلية التامة من حيث إنها ترتب عند تكوينها التزامات على عاتق طرف واحد فقط. ثم يلي بعد ذلك نشوء الالتزامات على الجانب الآخر في مرحلة لاحقة.

غير أن الفقه الحديث لا يؤيد هذه التسمية، ويرى أن ما يسمى بالعقد التبادلي الناقص يظل محكوما بقواعد العقد الملزم لجانب واحد.

وأساس هذا النظر، إنه يتعين تحليل العقد بالاعتداد بارادة الأطراف وتخويلها المكانة الأساسية. ويقال، إنه فيما يسمى بالعقد التبادلي الناقص، لا محل لإعمال أحكام العقود التبادلية. ذلك أن المدين الأصلي ـ حين التزم في عقد ملزم لجانب واحد ـ الوكالة أو الوديعة ـ لم يكن قد التزم وهو يأخذ في اعتباره أن هناك التزاما مقابلا، ذلك أن مثل هذا الالتزام لم يكن قد نشأ بعد تكوين العقد. يضاف إلى ذلك، إن التزام المودع بالتعويض أو بتسديد النفقات ـ والذي نشأ خلال التنفيذ ـ يكون مصدره قانونيا أكثر منه اتفاقيا. ومن ثم، ينتفي الارتباط القانوني بين التزامات الطرفين، ذلك الارتباط الذي يرجع إلى وحدة المصدر، لأن التزامات الوكيل أو المودع عنده تنشأ من العقد، في حين أن التزامات الموكل أو المودع، ليس مصدرها العقد، بل مصدرها إما الفعل النافع الذي أدى إلى إثراء الموكل أو المودع، وإما الفعل الضار الذي يسأل عنه المودع، فالالتزامات تكون متبادلة بدون أن تكون متساندة.

يلاحظ أن محكمة النقض الفرنسية قد اعملت هذا الرأي فيما يتعلق بقـواعد الإثبات الواجبة التطبيق. ذلك أنه وفقا للمادة 1325 مدني فرنسي، يشترط لصحـة العقود العرفية التبادلية أن تحرر من عدد من الأصول يعـادل عدد الأطـراف الذين لهم مصالح متميزة، مع ذكـر هذا العـدد في كل نسخـة، ولا يشترط القـانون ذلـك بالنسبة للعقود الملزمة لجانب واحـد. وقد حكمت محكمـة النقض الفرنسيـة، أنه لا يلـزم في الكتابـة التي تثبت بها العقـود التي أطلق عليهـا اسم العقـود التبـادليـة الناقصة، توفر الشروط المطلوبة في الكتابة المثبتة للعقود الملزمة للجانبين، ويكفي فيها ما يشترط في العقود الملزمة لجانب واحد، وهذا ما يقود بالضرورة إلى تحديد معيار العقد الملزم للجانبين.

معيار العقد الملزم للجانبين:

يشترط الفقه ثلاثة شـروط للقول بتـوفر العقـد التبادلي أو الملـزم للجانبين، حاصلها كما يلي:

1) أن تكون هناك التـزامات في ذمـة كل من المتعـاقدين، أي أن يكـون كل منهما دائنا ومدينا تجاه الآخر في آن واحد.

2) أن تكون الالتزامات المتقابلة مصدرهـا العقد الـذي يربط بينهمـا. مثال ذلـك، الالتزامـات التي تقع على عـاتق المشتري بمـوجب عقد البيـع التي تقابلهـا التزامات تقع على البائـع بموجب العقـد ذاته. ولكن، قـد يحدث أن يكـون القانـون مصـدرا للالتـزامات كمـا هي الحال بـالنسبة للعقـد التبادلي النـاقص. ففي عقـد الوديعة، يكون التزام المودع برد النفقات التي انفقها المودع عنده أو بتعويضه عن الأضرار التي أصابته من الشيء المودع، مصدرهما القانون. فهناك التزام المودع عنده بالمحافظة على العين المودعة، وهو التزام نـاشيء من العقد، ويقـابله التـزام المـودع بالتعـويض أو برد النفقـات، وهو التـزام مصدره القـانون. فـالالتـزامـان متقابلان، ولكن مصدرهما ليس واحدا. من هنا، لا يعتبر العقد في هذه الحالة عقدا ملزما للجانبين، حتى ولو سمي «ناقصا».

3) والشـرط الثـالث، هـو شـرط الارتبـاط السببي. ويستفـاد من التسميـة ألفرنسية لهذا العقد Contrat synallagmatique وهي مشتقـة من كلمة Synallag- ma وتعني الارتباط الذي يصل ما بين الالتزامات والأداءات المتقابلة النـاشئة من العقد.

ومؤدى هذا الشرط، من المتعين أن تكون الالتزامات المتقابلة الناشئة من نفس العقد مرتبطة بعضها ببعض ارتباطا سببيا، أن يعتبر كل منهما سببا للآخر. فالتزام البائع بنقل الملكية سببه التزام المشتري بدفع الثمن، والتزام المشتري بدفع الثمن سببه التزام البائع بنقل الملكية.

ويقال، إن الالتزامين المتقابلين الناشئين من نفس العقد يرتبط كل منهما بالآخر ارتباطا سببيا منذ نشوئهما.

وقد تقدم أنه في حالة العقد التبادلي «الناقص» يكون هذا الشرط مفتقرا. ذلك أن التزام المودع عنده برد الوديعة أو بالمحافظة عليها، لا يرتبط بالالتزام القائم في ذمة المودع بدفع المصاريف التي يكون المودع عنده قد صرفها في المحافظة على الوديعة. إذ أنه لا يسوغ القول أن المودع عنده التزم بالمحافظة على العين المودعة، لأن المودع التزم بدفع المصاريف التي يصرفها المودع عنده في المحافظة على العين. فهنا، الالتزامان المتقابلان لا يرتبط أحدهما بالآخر، فلا يكون العقد ملزما للجانبين.

ومتى اتضح معيار التمييز بين العقد التبادلي والعقد الملزم لجانب واحد نتبين أهمية هذه التفرقة.

أهمية التمييز بين العقد التبادلي والعقد الملزم لجانب واحد:

للتميز بين العقد التبادلي والعقد الملزم لجانب واحد نتائج عملية نصادفها في القانون الليبي وفي التقنينات الأخرى.

فهناك مثلا في للتقنين المدني الفرنسي أهمية تتعلق بالإثبات. فبالنسبة لإثبات العقد، تنص المادة 1325 من التقنين المدني الفرنسي على استلزام أن تكون العقود العرفية المتضمنة التزامات تبادلية محررة من عدد من الأصول يعادل عدد الأطراف الذين لهم مصلحة متميزة. وأساس هذه القاعدة، طبيعة العقد التبادلي ذاته. فكل طرف ـ باعتباره دائنا للآخر ـ يجب أن يحوز سندا يثبت حقه ويستخدمه في اقتضائه. وعلى عكس ذلك، تنص المادة 1326 على أنه بالنسبة للعقد الملزم لجانب واحد ويكون محله مبلغا من المال أو شيئا قيميا، يكون من المتعين أن يحرر بالكامل بيد موقعه، أو بالاقل يتضمن بيانا محررا بخط اليد سابقا على التوقيع، يفيد الموافقة والاعتماد، ويكون بيان المبلغ او الكمية مدونا بالحروف

وليس بالأرقام فقط. على هذا النحو، يميز القانون بين وسيلة إثبات العقد التبادلي والعقد الملزم لجانب واحد، وهو تمييز لا نصادفه في التشريع الليبي.

على أن هناك آثارا أخرى تترتب على التمييز بين هاتين الطائفتين من العقود في كل من التشريع الليبي والتشريع الفرنسي، وهي كالآتي:

- قوام هذه الآثار هو التقابل بين التزامات الطرفين في العقد التبادلي، فهو يجعل مصير العقد محكوما بهذا الترابط.[36]

- تقدم الحديث عن شرط الارتباط السببي بين الالتزامات المتبادلة، حيث يعتبر كل التزام سببا لالتزام الطرف الآخر. فيقال، إنه في العقد التبادلي يكون «محل» حق الدائنية لكل طرف هو «السبب» القانوني لالتزامه. ففي حالة بيع منزل مثلا، فإن نقل الملكية بوصفه محلا لحق دائنية المشتري، هو السبب القانوني لالتزامه بسداد الثمن. وفي المقابل، إن الثمن الذي هو محل حق دائنية البائع، هو السبب القانوني لالتزامه بأن ينقل ملكية الشيء المبيع، ذلك أن كل طرف لا يتعهد بأداء ما إلا لأنه يشترط أداء مقابلا.

- على هذا النحو، يكون هناك تداخل وتساند بين الأداءات المستحقة لهذا الطرف أو ذاك، وهذه الخاصية ترتب آثارها بالنسبة للعقد التبادلي من عدة نواح:

1 - **من حيث الفسخ**: تنص الفقرة الأولى من المادة 159 من القانون المدني على أنه:

«في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر - بعد إعذاره المدين - أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى».

على ذلك، فإنه في العقد التبادلي إذا لم يقم احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، جاز للمتعاقد الآخر أن يتحلل من التزامه بأن يطلب فسخ العقد، فينحل العقد بأثر رجعي.

---

(36) راجع: د/ إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص 62.
سافاتييه، المرجع السابق، ص 78.
جستان، المرجع السابق، ص 8.
فلور (و) أوبير، المرجع السابق، ص 61.

أما في العقد الملزم لجانب واحد فلا محل للفسخ، لأنه عند إخلال المدين في هذا العقد بالتزامه لا تكون ثمة التزامات في ذمة الطرف الآخر حتى يتصور أن يسعى إلى التحلل منها عن طريق فسخ العقد، فلا يبقى له إذن سوى أن يطالب المدين بتنفيذ التزامه، إما تنفيذا عينيا أو تنفيذا بمقابل بطريق التعويض.

2 ـ من حيث تحمل تبعة الهلاك: طبقا للمادة 360 من القانون المدني، ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه. مثال ذلك، أن يهلك الشيء المبيع أو العين المؤجرة، ومن ثم يستحيل على البائع أن يسلم الشيء المبيع، وعلى المؤجر أن ينفذ التزامه بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة.

في هذا الفرض، تثور قضية من يتحمل تبعة الهلاك؟ أرست المادة 161 من القانون المدني حلا في هذا الخصوص يتوقف على ما إذا كان ملزما للجانبين أم لجانب واحد. وتقضي هذه المادة بأنه «في العقود الملزمة للجانبين، إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه». أي إن تبعة الاستحالة في العقد الملزم للجانبين تقع على عاتق المدين الذي استحال تنفيذ التزامه، فإذا استحال على المؤجر أن يسلم العين المؤجرة إلى المستأجر فإنه يفقد حقه في الأجرة المتفق عليها.

أما إذا كان العقد ملزما لجانب واحد ـ مثل الوديعة بغير أجر ـ فإن الذي يتحمل تبعة استحالة تنفيذ الالتزام هو الدائن لا المدين. فالمودع عنده بغير أجر، إذا استحال عليه رد الشيء المودع لهلاك الشيء بسبب أجنبي، ينقضي بذلك التزامه، ويكون الدائن أي المودع، هو الذي يتحمل الخسارة الناشئة عن استحالة تنفيذ الالتزام.

3 ـ من حيث جواز الدفع بعدم التنفيذ: يسوق الفقه قاعدة تسمى بقاعدة التنفيذ المتعاصر، وبموجبها لا يجوز لأحد المتعاقدين أن يطالب المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه إلا إذا كان هو نفسه مستعدا لتنفيذ التزامه. وعلى ذلك، فمن يكون مطالبا بالتنفيذ بدون أن يحصل من المتعاقد الآخر على تنفيذ أدائه، يستطيع أن يمتنع هو الآخر عن تنفيذ أدائه حتى ينفذ المتعاقد معه.

ويعد الحق في الحبس ، أحد تطبيقات هذا الدفع بعدم التنفيذ. وتقضي المادة 1/249 بأن «لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به مادام الدائن

لم يعرض الوفاء بالتـزام مترتب عليـه بسبب التزام المـدين ومرتبط بـه، أو ما دام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا».

ويرى جمهور الفقهاء أن العقد التبادلي من شأنه أن يرتب جواز الامتناع عن الوفاء وجواز الدفع بعدم التنفيـذ، بحيث إنه إذا أخـل أحد العـاقدين بـالتزامـاته، ولم يشـأ العـاقـد الآخـر إن يتخـذ اي إجـراء لطلب التنفيـذ الجبـري أو الطلب الفسخ، جاز له ـ إذا لم يكن قد وفى التزاماته هو ـ أن يكتفي باتخاذ مـوقف سلبي هو الامتناع عن وفاء التزاماته، وأن ينتظر حتى يطالبـه الأول بالـوفاء فيـدفع هـذه المطـالبة بـوجود الارتبـاط بين التزامـات الطرفين، وبـأنه مـادام المدعي لم يـوف بالتزاماته فليس له حق مطالبة المدعى عليه بما في ذمته من التزاماته.

يضاف أن هذا الأمـر لا يمكن تصـور حـدوثه في العقـد الملزم لجـانب واحد بسبب أنه لاينشيء التزامـات متقابلـة على الجانبين. فـالدائن في هـذا العقد ليس مدينا، والمقصود بالدفع بعدم التنفيذ هو أن يوقف الدائن تنفيذ التزامه. وليس على الدائن هنا التزام يسعى لوقف تنفيذه بابداء الدفع بعدم التنفيذ.[37]

هـذا، وينبـه البعض[38] إلى أن هـذه النتيجـة ليست مقصـورة على العقـد التبادلي، ذلك أن الدفع بعدم التنفيذ في العقد التبادلي ليس إلا تطبيقـا لمبدأ عـام يقضي بأنه حيثما وجد التزامان مترابطان، المدين بأحـدهما دائن بـالآخر، فلكـل من الطـرفين الحق في الحبس. ولا يشتــرط في حـق الحبس أن يكـون التـرابط بين الالتزامين راجعا إلى نشوئهما معا من عقد واحد (أي عقد تبـادلي) بل قـد يتحقق هذا الترابط ـ وبالتالي يكون لكل من الطرفين الحق في الحبس ـ ولو لم يوجد عقـد أصلا. ومثال ذلك، من يضع يده على شيء مملوك للغير فيكون عليه التزام برده إلى مالكه. على أنه إذا أنفق على الشيء اثناء حيازته له مصروفـات ضروريـة، فإن لـه استردادها، ويحق له أن يمتنع عن تنفيذ التزامه بالرد إلى أن يقوم المـالك بتنفيـذ التزامه بأداء المصروفات.(قارن المادة 249 فقرة 2).

يخلص انصار هذا النظر إلى القول بأنه ليس في الدفع بعدم النفيذ إذن مـا يميز العقد التبادلي عن العقد غير التبادلي، سـوى أن الدفـع بعدم التنفيـذ لصيق

---

(37) راجع: د/سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 97.
د/فلود (و) أوبير، المرجع السابق، ص 61.
سافاتييه، المرجع السابق، ص 177.

(38) راجع: د/ إسماعيل غانم ـ مصادر الالتزام، ص 64.

بالعقد التبادلي في جميع الأحوال، إذ هو ينشىء بطبيعته التزامات متبادلة تصلح مجالا لتطبيق الحق في الحبس في صورة هذا الدفع. أما في العقد غير التبادلي، فليس هناك محل للحق في الحبس إلا إذا تحققت واقعة لاحقة على نشوء العقد ينشأ عنها التزام في ذمة الدائن.

خامسا ـ عقود المعاوضة وعقود التبرع:

اساس هذا التقسيم، النظر إلى طبيعة العقود وآثارها.

يعرف «عقد المعاوضة» بأنه العقد الذي بمقتضاه يتحمل كل طرف غرما ماليا (الأداء الذي سيقوم به) يقابله غنم (هو المقابل الذي سيتلقاه). أما «عقد التبرع» ففيه يتلقى أحد المتعاقدين غنما ماليا لا يتكلف له أي غرم، بينما يتحمل المتعاقد الآخر غرما ماليا لا يناله بسببه أي غنم.[39]

ومثال عقد المعاوضة، البيع. فبالنسبة للبائع، يحصل على ثمن في مقابل إعطاء المبيع. وبالنسبة للمشتري، يأخذ المبيع في مقابل إعطاء الثمن. ومثال عقد التبرع: الهبة بدون عوض، والقرض، والوديعة، والوكالة إذا كانت هذه العقود الثلاثة بدون مقابل.

على أن العقد الواحد قد يكون معاوضة بالنسبة إلى أحد المتعاقدين، وتبرعا بالنسبة إلى المتعاقد الآخر. ذلك لأن المعاوضة لا يشترط فيها أن يكون المعاوض قد أعطى المقابل للمتعاقد الآخر، كما أن التبرع لا يشترط فيه أن يكون المتبرع قد تبرع للمتعاقد الآخر. مثال ذلك، عقد الكفالة فهو معاوضة بالنسبة إلى الدائن المكفول لأنه اخذ كفالة في مقابل إعطاء الدين، وهو بالنسبة إلى الكفيل يكون تبرعا إذا لم يأخذ أجرا على كفالته إذ يكون قد أعطى بدون أن يأخذ.[40]

أ ـ في شان عقود المعاوضة: يشير البعض إلى اهمية أن يكون ثمة تعادل بين الغرم والغنم، أي بين الأداء ومقابل الأداء. وقد صاغ الفقه التقليدي في هذا الصدد نظريتين رئيسيتين: تسمى الأولى بالنظرية الاقتصادية، ويطلق على الثانية النظرية الشخصية أو القانونية.

تتطلب النظرية الاقتصادية أن يكون التعادل بين الأداءات المتقابلة تعادلا

---

(39) راجع: د/عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 339 و 340.

(40) راجع: د/عبد الرزاق السنهوري ـ الوسيط، المرجع السابق، ص 209.

اقتصاديا، بمعنى أن يكون الغرم مساويا للغنم. فإذا كان الأداء تساوي قيمته ألف دينار، يجب أن يحصل في مقابله على اداء يعادل القيمة ذاتها.

وأخذ على هذه النظرية أنه يتعذر تحقيقها عملا، ومن شأن الأخذ بها زعزعة استقرار المعاملات.

اما النظرية القانونية او الشخصية[41]، فتقوم على أن عقد المعاوضة يجب أن يحتوي على اداءين يرى المتعاقدان كلا منهما مقابلا للآخر، بصرف النظر عن القيمة الاقتصادية أو الموضوعية التي تكون لكل منهما بالنسبة للآخر. وبتعبير أخر، يكفي أن يكون التعادل بين الأداءين قانونيا ولا يلزم أن يكون اقتصاديا.

تعد هذه النظرية معمولا بها في الفقه اللاتيني والجرماني، ويرى البعض أن لها صدى في المادة 219 فقرة أولى من القانون المدني التي تتحدث عن عيب الاستغلال. فطبقا لهذه المادة «إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه ما غلب عليه من طيش أو هوى، جاز للقاضي ـ بناء على طلب المتعاقد المغبون ـ أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد». وعلى ذلك، إذا انتفى استغلال من أحد المتعاقدين لطيش بيّن أو هوى جامح في المتعاقد الآخر، فلا يجوز إبطال العقد أو نقض الالتزامات الناشئة عنه على الرغم من عدم التعادل بين الأداءين المتقابلين. ويشار تأييدا لهذا النظر إلى ما قضت به محكمة النقض المصرية من أنه لايتشرط أن يكون المقابل في عقد البيع الثمن متكافئاً مع قيمة المبيع، بل كل ما يشترط فيه الا يكون تافها، فالثمن البخس يصلح مقابلا لالتزامات البائع.[42]

وحسبما يذكر الأستاذ/ السنهوري في كتابه «الوسيط» ينظر إلى عدم التعادل بين قيمة كل من الأداء، أي بين القيمة المالية للفوائد والخدمات المتبادلة. والعبرة في تقدير هذه القيمة، بقيمة الشيء الشخصية بالنسبة إلى العاقد لا بقيمته المادية في ذاته. ويتعين أن يكون عدم التعادل فادحا فلا يكون من الغبن المألوف أو المسموح به في المعاملات، وإنما يتعين أن يكون مما يحس به كل ذي ذوق

---

(41) راجع: د/عبد الحي حجازي ـ مصادر الالتزام، ص 339 و 340.
(42) راجع: نقض مدني 9451/2/8م، مجلة المحاماة، س 31، 1681، 490.

سليم. ولا تقتصر المقارنة لاستخلاص عدم التعادل على الاداءات المتقابلة، بل تمتد إلى الالتزامات المتقابلة، فتشمل الشروط التي يعرضها أحد العاقدين على الآخر، وينظر في عدم التعادل إلى وقت إبرام العقد.[43]

وقد تقدم بيان كيف أن النظرية القانونية الجماهيرية قد تجاوزت هذه المفاهيم التقليدية وجعلت من مبدأ التعادل أساس الالتزام بين حقوق وواجبات كل من الطرفين، وهذا التعادل مطلوب منذ نشأة العلاقة القانونية وحتى انقضائها، ويكون على القضاء أن يعيد التنازل المختل بين مركز الطرفين. وقد جاء تقرير هذا المبدأ انطلاقا من هدف القضاء على الاستغلال. (راجع المادة 204 من مشروع القانون المدني الجماهيري).

ب ـ **في شان عقود التبرع**: يبرز الفقه ان عقد التبرع يقوم على عنصرين: عنصر مادي يتحصل في انتفاء المقابل أو العوض المعادل بحيث تكون نتيجة العقد افتقار أحد العاقدين وإثراء الآخر، وعنصر نفسي هو أن يكون المقصود بالعقد هو إفادة أحد العاقدين على حساب الآخر، أي أن تتوفر نية التبرع، فإذا تخلف أحد هذين العنصرين انتفى عقد التبرع.[44]

ومثال ذلك، إبرام عقد هبة مع فرض التزامات على الموهوب له لمصلحة الواهب تستغرق قيمة المال الموهوب. في هذا الفرض، نكون إزاء عقد معاوضة لا تبرعا، وذلك لتخلف العنصر المادي للتبرع. وعلى العكس، لا ينفى على العقد وصف التبرع ـ ما دامت قد توافرت نية التبرع ـ أن يفرض على الموهوب له التزام لمصلحة الواهب تكون قيمته اقل من قيمة المال الموهوب.

يساق مثالا على انتفاء العنصر النفسي، (نية التبرع) أن يعطي شخص مالا لجهة برّ لتبني به مسجدا مع اشتراط أن يدفن فيه، فهنا يكون قد جنى منفعة ذاتية وإن كانت ادبية، فلا يكون العقد هنا هبة.

وفي نطاق عقود التبرع، يجرى التمييز بين عقود التفضل والهبات. فعقود التفضل يولي المتبرع فيها المتبرع له فائدة بدون أن يخرج عن ملكية ماله.

---

(43) راجع: د/ محمد كمال عبد العزيز ـ التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه، الطبعة الثانية 1980م، الجزء الأول، ص 129.

(44) راجع: د/ إسماعيل غانم ـ مصادر الالتزام، ص 67.
عبد المجيد الحكيم ـ مصادر الالتزام، نبذة 91.

فالعارية عقد تفضل، لأن المعير يتبرع بمنفعة العين بدون أن يخرج عن ملكيتها. والوديعة عقد تفضل، لأن المودع عنده لا يتبرع بماله وإنما بعمله.

أما الهبات، فيخرج فيها المتبرع عن ملكية ماله كعقد الهبة، يخرج فيها الواهب عن ملكية الموهوب. ويتبين من ذلك، إن الهبات أشد خطورة من عقود التفضل، ولذلك تحوّط المشرع فاشترط في الهبة شكلا خاصا.[45]

أهمية هذا التمييز:[46]

تبرز أهمية التمييز بين عقود المعاوضة وعقود التبرع من جوانب عديدة.

فمن ناحية، يكون شخص المتعاقد محل اعتبار في عقود التبرع، ولا يكون عادة كذلك في عقود المعاوضة، فلا شك أن شخصية الموهوب له يكون لها أهمية كبيرة بالنسبة للواهب. أما في عقد البيع مثلا، فالأصل أن شخصية أطراف العقد ليس لها أهمية خاصة. ومن هنا، فإن طلب البطلان للغلط في شخص المتعاقد يكون أكثر قبولا في عقود التبرع عنه في عقود المعاوضة.

من جانب آخر، ينظر المشرع إلى المتبرع نظرة أكثر رأفة من نظرته إلى المتعاقد في عقد المعاوضة، وذلك يتعلق بالالتزامات الملقاة على عاتق كل منهما، وتقدم المادة 720 من القانون المدني مثالا طيبا لذلك.

تتحدث هذه المادة عن التزامات المودع عنده، فتفرق بين التزامات المودع عنده المتبرع ـ أي بغير أجر ـ وتلك الخاصة بالوديعة بأجر، أي عقد معاوضة. فتنص المادة 720 فقرة أولى على أنه، إذا كانت الوديعة بغير أجر وجب على المودع عنده أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ ماله بدون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل العادي.

أما إذا كانت الوديعة بأجر، فيجب أن يبذل في حفظ الوديعة عناية الرجل العادي.

على هذا النحو، تكون العناية المفروضة على المودع عنده أشد بالنسبة

---

(45) راجع د/ عبد الرزاق السنهوري ـ الوسيط، الجزء الأول، ص 202.

(46) راجع: فلور (و) أوبير، المرجع السابق، ص 63.
جستان، المرجع السابق، ص 100.
د/عبد الفتاح عبد الباقي ـ نظرية العقد، ص 67.

للمودع عنده بأجر بحيث لا تقل عن عناية الرجل العادي، واخف بالنسبة للمودع عنده المتبرع فحدها الاقصى عناية الرجل العادي، ويجوز أن تنزل إلى مستوى العناية التي يبذلها في حفظ ماله، إن كانت تقل عن عناية الرجل العادي. مقابل ذلك، يلاحظ ان الشارع قد أعمل المبدأ ذاته بالنسبة للمستعير، وهو متبرع إليه بمنفعة المال المعار، فتنص المادة 640 فقرة أولى مدني، على أنه على المستعير أن يبذل في المحافظة على الشيء العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله بدون أن ينزل في ذلك عن الرجل العادي. فهنا يكون معيار مساءلة المستعير أشد، فحده الأدنى هو معيار الرجل العادي مع التزامه بأن يتجاوزه ليصل إلى مستوى العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله، إذا كان هذا المستوى يزيد على مستوى عناية الرجل العادي.

ويبرز الفارق بين عقود المعاوضة وعقود التبرع بالنسبة للأهلية المطلوبة لإبرام أي منهما. فلا شك أن التبرعات تعتبر من الناحية المالية ضارة بالمتبرع ضررا محضا، في حين أن عقود المعاوضة تدور بين النفع والضرر. ومن ثم، تكون درجة الأهلية المطلوبة في العقود الأولى أشد من تلك المطلوبة في العقود الثانية، بحيث يطمئن المشرع إلى أن المتبرع يحوز النضج الكافي لإقدامه على تبرعه.[47] ولنا عودة إلى هذه المسألة عند الحديث عن تدرج أهلية الأداء للانسان.

وعلى صعيد الالتزام بالضمان، يميز الشارع بين عقود المعاوضة وعقود التبرع. فالالتزام بالضمان مقصور على العقود الأولى (المادة 428 بالنسبة لضمان البائع والمادة 570 بالنسبة لضمان المؤجر) ولا يُنص عليه إلا في حدود ضيقة بالنسبة لعقود التبرع.

فمثلا، بالنسبة لعقد الهبة، تنص المادة 483 فقرة أولى على أن لا يضمن الواهب استحقاق الشيء الموهوب، إلا إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو كانت الهبة استحقاق بعوض. وفي الحالة الأولى، يقدر القاضي للموهوب له تعويضا عادلا عما أصابه من الضرر. وفي الحالة الثانية، لا يضمن الواهب الاستحقاق إلا بقدر ما اداه الموهوب له من عوض. كل هذا، ما لم يتفق مع غيره.

وبالنسبة لضمان خلو الشيء الموهوب من العيب، فالأصل ـ حسبما تنص

---

(47) راجع: لمزيد من التفصيل حول تدرج اهلية الاداء للإنسان: د/ عبد السلام علي المزوغي ـ نظرية الحق، ص 291 وما بعدها.

المادة 484 ـ أن الواهب لا يضمن خلو الشيء الموهوب من العيب. على أنه إذا تعمد الواهب إخفاء العيب أو ضمن خلو الشيء الموهوب من العيوب، كان ملزما بتعويض الموهوب له عن الضرر الذي يسببه العيب.

وبالنسبة للدعوى البوليصية أو دعوى عدم نفاذ التصرفات الصادرة عن المدين إضرارا بدائنيه، فإن المشرع يفرق في شروط قبولها تبعا لما إذا كان الأمر بصدد عقود معاوضة أم عقود تبرع.

وفي هذا الصدد، تنص المادة 241 في فقرتيها الأولى والثانية على ما يلي:

«1 ـ إذا كان تصرف المدين بعوض اشترط لعقد نفاذه في حق الدائن أن يكون منطويا على غش من المدين، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش. ويكفي لاعتبار التصرف منطويا على الغش، أن يكون قد صدر عن المدين وهو عالم بعسره. كما يعتبر من صدر له التصرف عالما بغش المدين، إذا كان قد علم أن هذا المدين في حالة عسر.

2 ـ أما إذا كان التصرف تبرعا، فإنه لا ينفذ في حق الدائن، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية، ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشا».

على هذا النحو، تقبل الدعوى البوليصية في التبرعات دونما حاجة لإثبات سوء نية المتبرع إليه. ويشترط لقبولها في المعاوضات، أن يثبت الدائن سوء نية المدين المتصرف وعلم المتصرف إليه بذلك.[48]

ومن حيث الشكل، الأصل في عقود المعاوضات أنها عقود رضائية تتطلب شكلا معينا ما لم ينص على خلاف ذلك. أما عقود التبرع، فهي في الغالب تكون شكلية لتبصير المتبرع بخطورة تصرفه. وهي في الهبة مثلا، لابد من الرسمية سواء كان الشيء الموهوب عقارا أم كان منقولا. وفي حالة المنقول، إذا لم تكن هناك ورقة رسمية، فلا تتم الهبة إلا بالقبض. (المادة 477 مدني ليبي).

ومن حيث المحل، يجيز القانون أن يكون المحل في عقود المعاوضة شيئا مستقبلا (المادة 131 بند 1 مدني). على أنه بالنسبة للهبة، فالقاعدة أنه «تقع هبة الأموال المستقبلة باطلة، ماعدا عقد هبة الثمار التي لم تُجن بعد» (م/481).

---

(48) راجع: د/سليمان مرقس المرجع السابق، ص 104.
جستان ـ نظرية العقد ـ ص 13.

ويقال في تفسير ذلك، إن هذا استثناء قصد به الحد من نوازع السرف عند الأفراد.[49]

سادسا ـ العقد المحدد والعقد الاحتمالي:

أساس هذا التقسيم هو النظر إلى طبيعة العقود وآثارها، فتقسم عقود المعاوضة إلى: عقد محدد، وعقد احتمالي.

ونصادف في التقنين المدني الفرنسي تعريفا للعقد المحدد أو المحقق[50] وللعقد الاحتمالي.

فالعقد المحدد أو المحقق، هو العقد الذي يلتزم فيه أحد الطرفين باعطاء أو عمل شيء معين مقابل إعطاء أو عمل شيء معين يلتزم به الطرف الآخر (المادة 1104). اما العقد الاحتمالي فهو طبقا لتعريف المادة 1964، اتفاق تبادلي تتوقف آثاره من حيث الكسب والخسارة للمتعاقدين جميعا أو لبعضهم على حادث غير محقق. وعلى هذا، إذا كان العوض غير محقق وكان امر نجاحه أو فشله موكولا للصدف وليس لمحض إرادة احد العاقدين، سمي العقد احتماليا.

فالعقد المحقق او المحدد القيمة يلقي على الأطراف المتعاقدة أداءات محددة ونهائية منذ وقت إبرامه، ومثاله بيع عقار بثمن محدد.

أما في العقد الاحتمالي، فإن الأداء يتوقف ـ سواء في وجوده أم في مداه ـ على واقعة غير محققة، فيكون لكل متعاقد احتمال كسب واحتمال خسارة. وقد ينصب الاحتمال على وجود الأداء، أو على مداه فقط. فبالنسبة لوجود الأداء مثاله عقد التأمين ضد الحريق، فالمؤمن يكون غير ملزم بشيء في حالة عدم حدوث حريق للأموال المؤمن عليها. اما بالنسبة لمدى الأداء، فمثاله بيع عقار مقابل ترتيب إيراد مدى الحياة، فيكون مقدار ما سوف يدفعه المشتري متوقفا زيادة أو نقصا على مدة حياة البائع، فالإنجاز غير المؤكد يشكل محل العقد. فلكي يكون هناك عقد احتمالي، يجب أن يكون الاحتمال ـ وهو الضرر الذي يستهدف له المتعاقدان

---

(49) راجع: د/ عبد الحي حجازي، المرجع السابق. 341.
(50) راجع: د/ محمد صادق فهمي ـ محاضرات في نظرية الالتزامات، ص 83.
جستان، المرجع السابق، ص 14.
سافاتييه، المرجع السابق، ص 180.
فلور (و) اوبير، المرجع السابق، ص 64.

احدهما أو كلاهما ـ واقعا على التصرف في مجموعه ومنذ انعقاده، بحيث انه ـ وفقا لطبيعة التصرف أو الاشتراطات الخاصة التي وضعها المتعاقدان ـ تصير المنفعة الاقتصادية غير مؤكدة البتة بالنسبة لأحد المتعاقدين أو لهم جميعا، وذلك بسبب الغرر الذي يتعرضون له.

ويشير الفقه[51] إلى أن احتال الكسب أو الخسارة، يكون احد العناصر المكونة للارادة في هذا العقد. ولهذا، فإن سبب الالتزامات الناشئة منه يكون سببا مركبا، إذ يضاف إلى السبب ـ وهو ارتقاب المقابل المتفق عليه ـ عنصر أخر هو «احتمال» يرجو منه المتعاقدان أن يصيب منه نفعا أو يقصد إلى اتقاء حصوله. لذلك، كان عنصر السبب في الالتزام الناشيء من هذا العقد عنصرا مركبا.

ويعتبر احتمال الكسب والخسارة في العقد الاحتمالي أمرا بحيث لو غلط الطرفان فيه فاعتقدا وجوده مع أنه منعدم، فإن ذلك يبطل العقد. كما لو باع شخص ماله بايراد مرتب مدى حياة شخص ثالث، وكان هذا الشخص قد مات وقت العقد. أو كمن يبيع ماله بايراد مرتب مدى الحياة، إذا كان مقدار الإيراد المرتب دون مقدار الريع بكثير بحيث يكون كسب المشتري من العقد مؤكدا ينتفي معه كل احتمال لالتزامه بأن يدفع فوق الريع شيئا من عنده.

ويلاحظ أن العقد الاحتمالي لا يكون إلا تبادليا، وذلك أن العقد الملزم لجانب واحد لا يكون عقدا احتماليا، لأن الاحتمال يستلزم اداءين يكون بينهما ارتباط يمكن أن يؤول عند التنفيذ إلى غرر لم يكن من الممكن معرفته وقت انعقاد العقد.

اهمية التقسيم بين العقود المحققة والعقود الاحتمالية:

يبرز الفقه اهمية هذا التقسيم من ناحيتين: الأولى، يقال إن نظرية الظروف الطارئة (المادة 2/147 مدني) لا تسري إلا على العقود المحددة. اما العقود الاحتمالية، فلا عمل لهذه النظرية فيها بصفة عامة، وقد نصت على ذلك صراحة المادة 1469 من القانون المدني الإيطالي.

أما النتيجة الثانية، فيذهب الفقه التقليدي إلى أن إعمال فكرة الغبن يكون مقصورا على العقود المحققة دون الاحتمالية. ذلك أن هذه العقود الأخيرة تقوم

---

(51) راجع: د/عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 344 وما بعدها.
د/سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 105 وما بعدها.

على تأرجح كم الالتزام زيادة أو نقصانا، بحيث لا يسوغ معه أن يتمسك المتعاقد في عقد احتمالي بالغبن لكي يقلل من كم التزامه وبحيث يتعادل مع التزام المتعاقد معه، فيقال: «إن الاحتمال يلغي الغبن».

بيد ان الفقه الحديث[52] لا يسلم بهذا النظر. فيقال، إن الفرق بين العقود الاحتمالية والعقود المحققة ـ فيما يتعلق بتطبيق الغبن ـ ينحصر في كيفية هذا التطبيق فحسب، لا في قصر هذه النظرية على العقود المحددة وحدها.

فالعقد الاحتمالي ـ وهو بحسب طبيعته يقوم على احتمال الكسب والخسارة ـ لا يكفي فيه لإعمال نظرية الغبن القول بأن هناك اختلالا في التعادل بين اداءات الطرفين، بل يجب الاعتداد بوقت انعقاد العقد ذاته. فينظر إلى الاحتمال الذي كان قائما في ذلك الوقت، فإذا كان التعادل قائما بين احتمال الكسب واحتمال الخسارة، فلا محل للقول بأن هناك غبنا وقع، ولو حصل بعد ذلك (وقوع الحادثة التي يتوقف عليها مقدار الالتزام) أن ما اداه احد المتعاقدين يفوق بكثير ما اخذه. وعلى العكس، إذا اختل التعادل وقت اتعقاد العقد بين احتمال الكسب واحتمال الخسارة، فإن الغبن يكون قد تحقق، كما في بيع عقار ثمين في مقابل إيراد مرتب مدى الحياة لشخص هرم مريض لا يحتمل أن يعيش إلا مدة وجيزة.

صفوة القول، إن الغبن في العقود الاحتمالية ليس عدم التعادل بين الأداءات التي يؤديها كل من الطرفين فعلا، وإنما هو عدم التعادل بين احتمال الكسب واحتمال الخسارة وقت انعقاد العقد. ومما يعزز هذا النظر التطور العلمي الحديث وتقدم فن الاحصاء Le calcul et la cotation économique des chances وما حققه من ان حساب الاحتمالات المبني على قانون الأعداد الكبيرة أصبح يتيح حساب قيمة الأداء الاحتمالي وقت انعقاد العقد. ويقال مثلا، إن الدراسة الاحصائية لمعدلات الوفيات والحوادث تتيح ـ في عقود التأمين أو عقود ترتيب إيراد مدى الحياة ـ تحديد القيمة التي سوف تؤدى لبائع في ظروف معينة من حيث السن أو الحالة الصحية. ومن هنا، ظهر الاتجاه الحديث إلى السماح بالتمسك بالغبن في العقود الاحتمالية، وانعكس ذلك في بعض أحكام القضاء.

---

(52) راجع: د/ إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص 73.
د محمود زكي ـ الوجيز، المرجع السابق، ص 59
سافاتييه، المرجع السابق، ص 181.
فلور (و) اوبير ـ الالتزامات، ص 64

سابعا ـ عقود المدة والعقود الفورية:[53]

يقوم هذا التقسيم على أساس وظيفة الزمن في تنفيذ الالتزام[54]. ويشار إلى اختلاف حاجات الأفراد من حيث طريقة إشباعها، فمنها ما يتم إشباعه دفعة واحدة بعقود تستنفد كل آثارها في أقصر وقت ممكن بواسطة العقود الفورية التنفيذ، ومنها ما يتطلب إشباعا مستمرا أو متكررا، ويكون ذلك بواسطة عقود تمتد مع الزمن، أي عقود المدة.

من هنا، يجرى التمييز بين عقود ذات تنفيذ فوري، وعقود ذات تنفيذ ممتد. ويقصد بعقد المدة، العقد الذي يكون الزمن عنصرا جوهريا فيه، بحيث يكون هو المقياس الذي يقدر به محل العقد. ويقصد بالعقد الفوري، العقد الذي لا يكون الزمن عنصرا جوهريا فيه، فيكون تنفيذه فوريا ولو تراخى التنفيذ إلى أجل أو إلى آجال متتابعة.[55]

ويبرز الفقه[56] خصائص كل من هاتين الطائفتين من العقود:

1) بالنسبة للعقد الفوري. هو عقد يقوم على إشباع حاجات ذات إشباع فوري، وإن تدخل الزمن في هذا العقد فإنه لا يدخل إلا باعتباره عنصرا عرضيا، ويكون تدخله بصورة من الصورتين الآتيتين:

أ ـ قد يتدخل الزمن بإرادة المتعاقدين، كأن يتفق المتعاقدان على تأجيل التنفيذ إلى وقت لاحق، فالتنفيذ هنا يكون فوريا لكنه مؤجل.

ب ـ قد يتدخل الزمن رغم إرادة المتعاقدين، ومثال ذلك أن يتعاقد شخص مع مقاول على أن يبني له بيتا، فالزمن هنا لا يقصده المتعاقدان لذاته وإنما يكون مفروضا عليهما فرضا بسبب تعذر النتيجة المطلوبة فورا.

فالزمن هنا وسيلة لتحقيق غاية، ومن ثم لا يكون له أية قيمة ذاتية، فالذي

---

(53) راجع: د/ عبد الحي حجازي ـ عقد المدة، رسالة دكتوراه، القاهرة 1950م (و) مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 3248 وما بعدها.

(54) راجع: جستان، المرجع السابق، ص 16.
د/ إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص 73.
د/سليمان مرقس ـ العقد، ص 157.
د/عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 73.

(55) راجع: د/ عبد الرزاق السنهوري ـ الوسيط، المرجع السابق، ص 217.

(56) راجع: د/ عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 349 و 350.

يشبع حاجة المتعاقد هي النتيجة النهائية لا الوسيلة إلى هذه النتيجة.

2) بالنسبة للعقود ذات التنفيذ الممتد. هي عقود تنصب على أداءات مستمرة أو دورية:

أ ـ فبالنسبة للأداءات المستمرة، هي أداءات لا تتصور بغير فكرة المدة، مثل الانتفاع بالعين المؤجرة. فكما يقول الدكتور عبدالحي حجازي، إن المؤجر لا يستطيع ان يقدم للمستأجر «كيلو» من الانتفاع، وإنما يقدم له شهرا أو سنة من الانتفاع. فالمدة بالنسبة للانتفاع تؤدي نفس الوظيفة التي تؤديها الأوزان والأطوال بالنسبة للأشياء التي لها فحوى مكاني. وتعتبر المدة عنصرا جوهريا واصيلا في هذا النوع من العقود، وتكون مقصودة لذاتها وليست مجرد عنصر عرضي. ومن هنا يقال، إن المدة جزء من الأداء نفسه، فهي عنصر أساسي في تحديدكم الأداء وفقا لطبيعة هذا الأداء.

وتتسم الأداءات التي من هذا النوع بالاستمرار، إذ يجب أن تؤدى في كل لحظة طوال المدة المتفق عليها بدون انقطاع، وتكون العقود المنشئة لها هي الأخرى مستمرة، ومثالها عقود الإيجار والعمل والتأمين.

ب ـ بالنسبة للأداءات الدورية، يتعلق الأمر بأشياء ذات فحوى مكاني لا تتحدد وفقا للمدة ولا تكون مستمرة التنفيذ. ومن ثم، فإن الأداءات المنصبة على هذه الأشياء يمكن تنفيذها فورا، ولكن يحدث أن يتفق المتعاقدان على تكرار هذه الأداءات مدة من الزمان بقصد إشباع حاجة تتكرر على مر الأيام. وعندئذ تصبح هذه الأداءات دورية، ويعتبر العقد المنشيء لهذه الأداءات عقدا دوري التنفيذ، ومثال هذا عقد التوريد.

اهمية التمييز بين هذه العقود:

ترجع أهمية هذا التمييز إلى أن عقد المدة يختص بقواعد خاصة مرجعها أمران: الأول، ان المعقود عليه يقاس بالزمن، والزمن إذا مضى لا يعود. والثاني، ان عقد المدة لاينشيء التزاما واحدا. بل عدة التزامات بقدر عدد فترات التنفيذ.

ونتيجة لهذا الاختلاف، فإن الفسخ لا يكون له نفس الآثار بالنسبة لهذين النمطين من العقود. فبالنسبة للعقد الفوري، يكون باثر رجعي، ويتم عند الحاجة رد الأداءات التي تم تقديمها. وهذا الأثر لا يتحقق بالنسبة للعقود ذات الأداءات المستمرة، فلا يسوغ رد الأجرة إلى المستأجر الذي شغل العين وانتفع بها، أو

استرداد الأجر الذي دفع إلى المنتج نظير عمله بموجب عقد عمله الذي فسخ.[57]

ويذهب رأي آخر[58] في تأصيل منع الأثر الرجعي للفسخ في عقد المدة، إلى أن هذا العقد لاينشىء التزاما زمنيا واحدا بل التزامات متعاقبة تقابلها التزامات متعاقبة على الطرف الآخر بقدر عدد فترات التنفيذ. فما تم تنفيذه من هذه الأداءات المتقابلة لا يؤثر فيه الفسخ جزاء لعدم تنفيذ لاحق. على عكس الحال بالنسبة للابطال، فهو ينبني على عيب في العقد ذاته، فيترتب عليه زوال جميع ما ترتب عليه من التزامات بأثر رجعي سواء كان العقد زمنيا أم فوريا.

وبالنسب لتجديد العقود، فالعقود التي ابرمت لمدة معينة يتم احيانا تجديدها ضمنيا عند انقضاء أجلها، ويفسر سكوت الأطراف على أنه تعبير عن إرادة هذا التجديد. أما العقود التي تبرم لمدة غير محددة، فإنها تكون قابلة للانهاء وفي أي وقت من جانب واحد، وبالاخص بالنسبة لعقد العمل. ذلك أنه مما يناهض الحرية الفردية، أن يظل المرء مقيدا بدون تحديد المدة.

وبالنسبة لعقد المدة، يكون التخلف عن تنفيذ الالتزام المستمر أو الدوري فترة من الزمن إخلالا نهائيا بالعقد لايمكن تداركه بتنفيذ لاحق، ويكون التعويض عنه تعويضا عن عدم التنفيذ لا تعويضا عن مجرد التأخير.

والواقع، إن هذا التمييز قد زادت اهميته في المرحلة المعاصرة حيث يتعلق الأمر في الغالب بصفقات كبيرة يقتضي تنفيذها زمنا طويلا تكون فيه شروط العقد عرضة للتغيير نتيجة تقلبات الأسعار، وتظهر فيها مشكلة مدى جواز مراجعة العقد،وهي مشكلة يندر أن تثور بالنسبة للعقود الفورية.

تلك هي أهم تقسيمات العقود التي ترتب آثارا قانونية هامة. وهناك تقسيم آخر يتعلق بالتمييز بين عقود الممارسة، وعقود الاذعان. فيقصد بالأولى، تلك التي يتم إبرامها بعد مفاوضات بين الطرفين تتناول مضمونها أو شروط تنفيذها فيأتي العقد نتيجة تنازلات متبادلة. ويقابلها عقود أخرى تسمى «عقود إذعان» تعبيرا عن أن قبولها يكون من قبيل الإذعان، اي بدون مناقشة بنودها أو جواز إجراء تعديل فيها.

---

(57) راجع: فلور (و) اوبير، المرجع السابق، ص 66 و 67.
د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط، ص 207.
(58) راجع: د/ إسماعيل غانم، المرع السابق، ص 75.

وسـوف نعود إلى هـذه العقود عنـد الحديث عن «القبـول» في إبرام العقـد، ونكتفي الآن بالإشارة إلى أنه في إطار النظرية التقليدية للالتزامات، يتجه المشرع إلى حماية الطرف المذعن في التعاقد من أن تفرض عليه شـروط بالغـة الإجحاف، وذلـك بأن يلجـأ تدريجيـا إلى وضع تنظيم أمـر يسود هـذه العقـود[59]. وفي إطـار النظرية الاشتراكية، وهيمنـة الملكية الجماعية لـوسائـل الإنتاج، فـإن النظرة إلى عقود الإذعان تكون مغايرة على نحو ما سيأتي بيانه تفصيلا.

الفقه الإسلامي وتقسيمات العقود:[60]

لم يضع الفقه الإسلامي نظرية عامة للعقد، وإنمـا اقتصرت اجتهـاداته على استنباط الحلول الفردية الخاصة بالمسائل المختلفة. بل يشير الدكتور عبـدالفتاح عبـدالباقي إلى أن الفقهـاء المسلمين التقليديين قنعـوا بأن يـأخذوا كـل عقد على حدة، ليبينوا قواعده وأحكامه بدون أن يراعوا منطقا ولاضابطا ليهديهم في تـرتيب سردها، وإنما اتبع كثير منهم في سرد العقود التي تناولوها ترتيبا قائما على محض التحكم، الأمـر الذي أدى إلى وقـوع اختلاف كبيـر في ترتيب العقـود عند فقهـاء المسلمين على نحو ربما لا يخلو من الإسراف والشطط.

ويسوق مثالا على ذلك، أن من الفقهاء من أورد أحكام العقود وفق تـرتيب لا يتسق مع فن القانون وحسن صناعتـه، ويتجافى مـع ما عـرف عن فقهاء المسلمين من علو كعبهم في المنطق. ومن هؤلاء «السرخسي» الذي بدأ بـالوديعـة، وهي عقد قليل الأهمية نسبيا، في حين أن البيع ـ وهـو اهم العقود قـاطبة ـ لا يـأتي إلا في المكان الخامس بعد الوديعة، والعارية، والشركـة، والهبة.[61] ويـأتي بعد ذلـك ذكر: الإجارة، ثم الوكالة، ثم الكفـالة، ثم الحـوالة، ثم الصلـح، ثم الرهن، ثم المضـاربة فالمزارعة، وأخيرا الوصية.

أما غالبية الشراح، فقد اتبعوا الترتيب الآتي:

---

(59) راجع: جستان، المرجع السابق، ص 16.
فلور (و) اوبير، المرجع السابق، ص 68.
د/سليمان مرقس ـ الوافي، ص 117.

(60) راجع: د/شفيق شحاتة ـ النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية، ص 133.
د/ عبد الفتاح عبد الباقي ـ نظرية العقد، ص 80.
د/بدران بدران ـ الشـريعة الإسـلامية، تـاريخها ونظـرية الملكيـة (و) العقود، المـرجع السـابق، ص 483.

(61) راجع: د/عبد الفتاح عبد الباقي ـ نظرية العقد، ص 80.

1 ـ الشـركـة 2 ـ البيـع 3 ـ الكفـالـة 4 ـ الحـوالـة 5 ـ الـوكـالـة 6 ـ الصلـح 7 ـ المضاربة 8 ـ الوديعة 9 ـ العارية 10 ـ الهبـة 11 ـ الإجارة 12 ـ المسـاقاة والمزارعة 13 ـ الرهن 14 ـ الوصية.

وقسم الفقهاء العقود عدة تقسيمات. فهم قد ذكروا المعـاوضات والتبـرعات، التبرعات ابتداء والمعاوضات انتهاء. ويدخلون في القسم الأول (المعاوضات) البيع والإجارة والصلح، أي العقود التي تؤدي إلى تبادل الأموال.

ويندرج في التبرعات، الهبة والعارية والابراء.

ويـنـدرج في التبـرعـات ابتـداء والمعـاوضـات انتهـاء، القـرض والكفـالـة والحوالة.[62]

تقسيم الفقه الحديث للعقود:[63]

يسوق بعض الفقه الحديث تقسيما للعقـود مبنيا على اعتبـارات مختلفة، من ذلك ما يلي:

1 ـ تقسيم العقود من حيث اعتبار الشارع لها وترتب أثارها عليها من عدمه: إلى صحيحة، وفاسدة، وباطلة:

أ ـ ويعرف العقد الصحيح ـ بأنه ما توفرت فيه الأركان والشروط، ولم يتصل به من الأوصاف ما يخرجـه عن المشروعيـة، ويصلح ان يكـون سببا ليتـرتب عليه حكم الشارع الذي جعله له. فهـو وفقا لتعـريف فقهاء الحنفيـة «ما شـرع بأصلـه ووصفه».

ب ـ والعقد الفاسد عند فقهاء الحنفية، هو العقد الذي وجدت أركانه ومحلـه وتحقق معناه، ووجد القصد إليه، لكن اتصـل به وصف منهي عنـه شرعـا، ويخرج العقد عن مشروعيته.

جـ ـ والعقد الباطل، هو ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه، على معنى ان العقد ليس له وجود ولا انعقـاد، كأن يبيـع المسلم خمرا أو خنـزيرا أو أن يكـون العاقـد مجنونا.

2 ـ تقسيم العقود من حيث الاكتفاء بارادة المتعاقدين أو اشتراط شيء أخر معها إلى؛ عقود عينية، وعقود غير عينية:

---

(62) راجع: د/شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص 134.
(63) راجع: د/بدران بدران، المرجع السابق، ص 483.

أ ـ والعقـود العينية، هي عقـود لا تكـون تـامـة إلا إذا حصـل تسليم العين موضوع العقد وتسلمها، ولا يكفي فيهـا تبادل الألفـاظ. وهذه العقـود هي القرض، والعارية، والوديعة، والرهن، والهبة.

ب ـ العقود غير العينية، هي عقود لا يتوقف تمامهـا وترتب الآثـار عليها على شيء غيـر الصيغة السليمـة من العيوب، وهي تشمـل كل مـا عدا العقـود العينيـة السابقة.

3 ـ تقسيم العقود من حيث موضوعها والغرض منها. وأسـاس هذا التقسيم أن العقود تختلف باختلاف المقصود منها، وقد حصرها الفقهاء في سبع مجموعات هي:

المجموعة الأولى: عقود التمليكات، وهي التي يكـون المقصود منهـا تمليك الشيء وتشمل:

أ ـ عقود المعاوضات، وتقوم على أساس المبادلة بين المتعاقدين.

ب ـ عقود التبرعات، وهي العقود التي يكون التمليك فيها بغير مقابل.

المجموعة الثانية: عقود الإسقاطات، وهي ما كان المقصود فيها إسقاط حق من الحقوق سواء كان ذلك مقابل شيء أم من غير مقابل، وهي نوعان:

أ ـ عقود إسقاطات فيها معنى المعاوضة، مثل الطلاق على مال تدفعه الزوجة لزوجها (المخالعة)، العفو عند القصاص في مقابل مال يدفعه الجاني.

ب ـ عقود إسقاطات خالصة، وهي التي تكون من غير إبراء، كالطلاق المجرد عن المال، والعفو عن القصاص من غير بدل.

المجموعة الثالثة: عقود الإطلاقات، وهي العقود التي يكون المقصود منهـا إطلاق يد الإنسـان في تصرف لم يكن ثابتا له من قبل ذلك، مثل عقد الوكالة.

المجموعة الرابعة: عقود التقييدات، وهي التي يكـون المقصود منهـا تقييد الشخص لغيره ومنعه من تصرف كان مباحا له، وذلك كعزل الوكيل عن الوكالة.

المجموعة الخامسة: عقود التوثيقات، وهي التي يكون المقصود منها ضمان العربون لأصحابها، ومنها الكفالة والحوالة والرهن.

المجموعـة السـادسة: عقـود الشركـات، وهي التي يكـون المقصـود منهـا الاشتراك في نماء المال أو ما يخرج من العمل، وذلك مثل عقود الشركة بأنـواعها، وعقود المزارعة والمساقاة والمضاربة.

المجموعة السابعة: عقود الاستحفاظات، وهي العقود التي تحدث بين الشخص وغيره لقصد حفظ المال فقط، كعقد الإيداع وعقد الحراسة.

4 ـ تقسيم العقود من حيث اتصال أحكامها بها أو تأخرها عنها. تقسم هذه العقود إلى: منجزة، ومضافة، ومعلقة:[64]

أ ـ العقد المنجز، هو ما كانت صيغته دالة على إنشائه من حين صدوره وخلا من التعليق والإضافة.

ب ـ العقد المضاف، هو مادلت صيغته على إنشائه من حين صدوره، على الا يترتب عليه حكمه إلا في زمان مستقبل معين.

جـ ـ العقد المعلق، هو الذي ربط وعلق وجوده على حصول أمر أخر بأداة من أدوات الشرط أو ما في معناها، على انه يشترط في الأمر المعلق أن يكون معدوما محتمل الوقوع. اما إذا كان متحقق الوجود حين التعليق، كان الكلام تنجيزا في صورة تعليق، كأن يقول إن كنت حيا فقد بعتك هذا الشيء.

5 ـ تقسيم العقود ـ من حيث تسميتها ووضع الشارع اسماء خاصة لها. وتكفّله ببيان أحكامها وعدم ذلك ـ إلى عقود مسماة وغير مسماة:

ا ـ العقود المسماة: هي ماكان لها اسم خاص بها، كالبيع والرهن والإجارة والزواج والهبة.

ب ـ العقود غير المسماة: هي العقود التي تستجد، وتنشأ تبعا للحاجة حيث لم تكن موجودة ومستقرة من قبل، والتي لم يصطلح على اسم خاص لموضوعها ولم يرتب التشريع لها أحكاما تخصها. وهذه العقود كثيرة لا تنحصر، مثل عقود التحكير في الأموال الموقوفة.وعقد الإجارتين وبيع الاستجرار.

وقد أثارت «العقود غير المسماة» مسألة حرية التعاقد في الشريعة الإسلامية، حيث أثارت هذه المسألة خلافا فقهيا محتدا من حيث القول بورود العقود في الشريعة الإسلامية على سبيل الحصر بما ينتفي معه إمكان القول بوجود عقود غير مسماة في هذه الشريعة.

---

(64) راجع: د/ شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص 125 وما بعدها.

العقود غير المسماة في الفقه الإسلامي:

تقدم بيان أن الفقه الإسلامي القديم لم يقدم نظرية عامة للعقد، وإنما أفرد الفقهاء لكل عقد كتابا. فيبداون بدراسة كل عقد بديباجة يبررون فيها شرعية العقد بالاستناد تارة إلى نص وطورا إلى عرف أو إجماع، وأحيانا إلى مجرد فائدة العقد في العمل.

من هنا، دار التساؤل حول ما إذا كان العقد لايعتبر مشروعا مالم يستند إلى شيء من هذا.

الخلاف الفقهي حول المسألة:

انقسم الفقهاء حول هذه المسألة إلى عدة مذاهب:[65]

أ ـ ذهب الظاهرية إلى أن الأصل في العقود غير المسماة الحظر، وأنه لا يباح منها إلا ما ورد نص بإباحته وكان عقدا مسمى معروفا. واستندوا في ذلك إلى ماروي عن الرسول (ﷺ) من ان كل عمل لم يأذن به الشرع يكون مردودا أي باطلا لا يعتد به، حيث قال: «كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد». وحيث إن هذا القول عام تدخل في هذا العموم العقود، فلا يصح منها إلا ما جاء النص أو الإجماع باباحته بعينه.

ب ـ ذهب فقهاء الحنابلة وابن تيمية إلى أن الأصل في العقود الإباحة، فلا يحظر منها إلا ما ورد النهي عنه بنفسه. وأساس هذا النظر، إن على الإنسان أن يستحدث أي عقد تدعو إليه الحاجة مالم يرد بخصوصه نص بعينه، أو يخالف قواعد الشريعة العامة القطعية. فإذا لم يخالف قواعد الشريعة العامة، كان جائزا يجب الوفاء به وإن لم يرد بخصوصه دليل معين.

جـ ـ توسط فقهاء الشافعية والحنفية بين الرايين، فهم يطلقون للإنسان حرية إنشاء العقود في نطاق الأدلة الشرعية المعروفة: القياس، والعرف، والمصالح المرسلة، وغيرها من الأدلة التي يستند إليها عند عدم النص أو الإجماع.

يرد انصار هذا النظر على تفسير الظاهرية لحديث «كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد» بقولهم، إن الأدلة لم تنحصر في النصوص والاجماع، بل من بينها القياس

---

(65) راجع: د/ بدران بدران. المرجع السابق، ص 506 وما بعدها.

والعرف والمصلحة والإباحة الأصلية. كما ويضاف إلى ذلك الحجج الآتية:[66]

ـ يقول تعالى: ﴿ياأيها الذين أمنوا أوفوا بالعقود﴾ (المائدة ـ 1)، والألف واللام في العقود للاستغراق، فيكون المعنى على ذلك، أوفوا بجميع العقود سواء في ذلك العقد الذي ورد الشرع به معينا، أم الذي لم يرد به مادام لا يخالف القواعد الشرعية العامة.

ـ وفي الحديث الشريف: «المسلمون على شروطهم، إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا». وهو يفيد إباحة الشروط التي تتضمنها العقود، مادامت لا تخالف حكم الله وماشرعه لعباده.

ـ إن العقود تعتمد على التراضي من المتعاقدين. فإذا تحقق التراضي فيما استحدثه الناس من العقود، ولم تكن تلك العقود مخالفة للقواعد العامة شرعا، فإنها تكون جائزة شرعا وإن لم يرد دليل خاص من الشرع باسمها. ويعززون ذلك بأن الشريعة الغراء جاءت بالتيسير على الناس بما مقتضاه أن يكون لهم إحداث ما شاءوا من العقود، وما يحقق المصلحة مادامت لا تخالف الأصول المقررة شرعا.

على هذا النحو، ذهب جمهور الفقهاء إلى أن توافق الإرادتين ينتج دائما أثره، مادام هو لا يخالف قاعدة من القواعد الموضوعية. فكما ورد في الكاساني: إذا كان طبقا لهذه القواعد للعقد عمل جائز وأطراف ذوو صفة وأهلية، فالعقد ينتج أثره ولاشك.[67]

بل يشير البعض[68] إلى أن العقد قد ينتج أثره ـ ولو أنه يخالف من القواعد الموضوعة ـ إذا هو كان يستند إلى عرف أو إجماع. فقد يوجد العرف أو الإجماع صورا جديدة للتعاقد تخالف هذه القواعد، من ذلك عقد الإجارة وعقد الاستصناع. ففي هذين العقدين، محل العقد غير موجود حالا، والمنفعة شيء غير محسوس، وهذا كله مخالفة للقواعد الموضوعة. ومع ذلك، فقد صحح الفقهاء هذين العقدين، لأن العرف جرى بهما. ولذلك، لم تصح هذه العقود إلا بالقدر الضروري الذي دعت إليه الحاجة. وفيما وراء ذلك يرجع إلى القواعد، وهي تقضي بعدم الصحة. وبناء عليه قالوا، لا يصح استئجار الأشجار لتجفيف الثياب عليها، ولا استئجار الثياب

---

(66) راجع: المرجع ذاته، ص 507.
(67) الكاساني ـ بدائع الصنائع، مصر سنة 1328هـ، الجزء الخامس، ص 259.
(68) راجع: د/شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص 126.

لمجـرد التفاخـر بها، وذلـك لأن العرف لم يجـر بهـذين الشكلين من اشكـال عقـد الإجارة.

فالقاعدة، إن الاتفاق ينتج اثره مادام لا يخالف قاعدة من القواعد الموضوعة او مادام يتفق والعرف.

من هنا، يدعو الفقه الحديث[69] لجواز الأخذ بمفهـوم العقود غيـر المسماة، باعتبار أن العقود في ظل الشريعة الإسلامية غيـر واردة على سبيل الحصـر. ومن ثم، يجوز تحت رحابها ممارسة أي عقد ولو لم يكن من العقود التي بينها فقهاؤهـا، طالما كـان فيه نفـع للناس، وبشـرط الا يكون مخـالفا لأصـل أساسي من أصـول الشرع الحنيف.

بل، ويذهب الدكتور/ عبـد الفتاح عبـد الباقي إلى القـول بأنـه، قياسـا على إبـاحة الـفقـه الإسلامي بعض العقـود ـ على الرغم من أنهـا لا تتسق تمامـا مـع الاتجاهات التي ينادي بها كالإيجار وبيع السلم ـ لا نرى ثمة مايمنـع ـ تحت ظله ـ من إبـاحة العقـود التي تقتضيها حـاجات النـاس ومصـالحهم، حتى لـو كانت غيـر متمشيـة تمامـا مع اتجاهات الفقه الإسـلامي، بشرط الا تكـون ـ بطبيعة الحـال ـ مخالفة لأصل جوهـري من أصول الشـرع الحنيف، فالـدين يسر لا عسـر، وماراه المسلمون حسنا، فهو عند الله حسن. وعلى اية حال، الضرورات تبيح المحظورات. ويصـل الأستاذ/ عبـد الباقي من ذلـك إلى القول: «إننـا لا نرى مثـلا، في عقـود التـأمين ـ وقد بلغت أهميتـه الآن الحد الـذي أصبح معه متعذرا على أي مجتمـع متحضر الاستغناء عنه ـ عقدا محظورا في شرع المسلمين.»[70]

وجدير بالذكر، إن مشروع القانون المدني الجماهيـري قد تضمن في البـاب الخـامس من الكتاب الـرابع، النص على عقـد التأمين، ووضـع له ضـوابط تكفـل شرعيته الدينية ومشـروعيته الـوضعية. وجـاء في شروح هـذا الباب، إن القـانون الجماهيري يتماشى مع أحكام الإسلام، فلا يقر التـأمين على الحياة إلا استثنـاء،

---

(69) راجع: د/عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 83.
د/بدران بدران، المرجع السابق، ص 508.

(70) راجع: د/ عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 85 (و) عكس ذلك:
د/ بدران بدران، المـرجع السـابق، ص 507، حيث يرى بطـلان عقد التـامين لمخالفتـه القواعـد العامة، ولما فيه من المخاطرة التي من اجلهـا حرم الميسـر، فضـلا عمـا فيه من الـربا لاحتسـاب الفائدة على اساس المال عند صرفه في نهاية المدة.

فالتأمين على الحياة فيه ضرب من المضاربة على حياة البشر، وهذا يخالف النظام الاجتماعي الجماهيري. ثم، هو نـوع من الادخار فيغني عنـه الادخار المبـاشر في المصارف. ثم، هو نشأ في بيئة رأسمالية قائمة على سياسة «دعـه يفعل» ولم تعـد هناك حاجة إليه بعـد إدخال الجمـاهيريـة نظام الضمـان الاجتماعي وتطبيقـه على نطـاق واسع. أمـا الحالات الاستثنـائية للتـأمين على الناس التي يبيحهـا القانـون الجمـاهيري، فهي تختلط بـالتأمين على المسؤوليـة، وهدفهـا أن يضمن المضـرور الحصول على التعويض. مثال ذلك، التأمين على الركاب بدون حاجة إلى أن يـدخل المضرور في قضية طويلة متعلقة بثبوت مسؤولية الناقل.

* * *

الباب الثالث

الإرادة المنفردة

تقديـــم:

تـأتي «الإرادة المنفردة» مصـدرا ثانيـا للالتـزام في التقنين المدني الليبي، مشكّلة الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الأول الخاص بمصادر الالتزام.

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدي للتقنين المدني في هذا الخصوص[1]، أن المشـروع جعل من الإرادة المنفـردة مصدرا لـلالتـزام، محتـذيا في ذلـك مثـال المشروع الفرنسي/ الإيطالي. وليس يقتصر الأمر في إسناد قوة الالتزام في هـذه الإرادة «على ضروب من الخلاف سوف تعدم اهميتهـا بعد أن فـرقت وجوه الـراي بين فكـرة التعاقـد وفكرة المشيئـة الواحـدة في تكييف طبيعة بعض التصـرفـات، كعرض الثمن على الدائنين المقيـدة حقوقهم عنـد تطهير العقـار». وهو لا يقتصـر كذلك على «بسط نطاق تطبيق مبدا البر بالعهود استجابـة لما يقتضي حسن النيـة» في نطـاق التعامـل. ولكن هذا التجـديد مهمـا يكن حظه من الجـراة، يعتبر نتيجـة منطقية لإقرار المشروع لمبدا لزوم الإيجاب. فمتى اعتـرف للايجـاب بقوة الإلـزام، فليس ثمة ما يدعو إلى الوقوف عند هذا الحد. ذلك أن التـزام المنطق نفسه، يؤدي إلى إقرار كفاية الإرادة المنفردة لإنشـاء الالتزام بـوجه عـام. وقد ورد تقييـد لهذا النظر كما سيأتي.

(1) راجع: الأعمال التحضيرية، جـ 2، ص 336.

الذي يعنينا في هذا المقام هـو دراسة التصـرف بالإرادة المنفـردة كمصدر للالتزام، وليس دراسة التصرف القانوني الذي يتم بارادة منفردة بوجـه عام، مثـل إجازة العقد القابل للابطال، أو إقـرار العقد، أو إنهـاء عقد عمـل أو عقد وكـالة، أو إبداء المنتفع رغبته في الاستفادة من الاشتراط الذي شرط لمصلحته، هذه جميعها تصرفات قانونية تتم بارادة منفردة وترتب آثارا قانونية مختلفـة؛ من تصـحيح عقـد قابل للابطال، أو انقضاء رابطة عقـدية، أو تثبيت حق المنتفـع المهدد بـالنقص من قبل المشترط.. الخ.

فنطاقنا في هذه الدراسة هو مصادر الالتزام، حيث ندرس كيف ينشأ التـزام بالإرادة المنفردة، وهي مسألة أثارت خلافا واسعا في الرأي بشأنها.[2]

*

(2) راجع: لمزيد من التفصيل حول هذه المسألة: رسالة دكتوراه قدمها د/ احمد سلامة عن فكـرة الالتزام بالإرادة المنفردة (جامعة باريس 1957م). وكذلـك رسالـة دكتوراه قـدمها د/ نعمـان جمعة إلى نفس الجامعة عن مصادر الالتزام، بالأخص ص 94 ـ 106.

الفصل الأول

الإرادة المنفردة بين مصادر الالتزام

تاصيل المسالة:

انقسم الراي حول مسالة صلاحية الإرادة المنفردة - اي تلك التي تصدر عن طرف واحد - مصدرا للالتزام. وجرى التمييز بين موقف النظرية التقليدية (الفرنسية اساسا) التي ترى في الالتزام رابطة تجمع بين شخصين، فلا يستقيم معه القول بأنه يمكن لإرادة واحدة أن تنشئه، والنظرية الحديثة (الألمانية اساسا) التي رأت أن الإرادة المنفردة تصلح لأن تكون مصدرا عاما للالتزام الإرادي، بل قال البعض من أنصارها، إنها المصدر الوحيد للالتزام الإرادي، وإن الالتزام العقدي هو في حقيقته التزام بارادة منفردة، وإن العقد إنما هو مركب من تصرفين كل منهما بارادة منفردة.[3]

اولا - النظرية التقليدية:[4]

الفكرة الرئيسية في النظرية التقليدية تقوم على «ضرورة العقد» اي لزوم

---

(3) راجع: د/ عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ف346 ص 676 ومابعدها.
د/ إسماعيل غانم، المرجع السابق، ف 207 ص 391 ومابعدها.

(4) راجع: Worms (René): De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligation en droit romain et en droit français, thèse, Paris 1891, PP 5 ets.
د/ وليم قلادة، المرجع السابق، ف 12 ص 49.
جيني - التعبير عن الإرادة، ص 335.

إرادتين على الأقل. فالإرادة بذاتها لا تنتج اثرا مـا، بل لابـد أن تنضم إليها إرادة اخرى، اي ان الإرادة بذاتهـا قاصـرة عن ان تحدث اثـرا إن لم تنضم إليها إرادة اخرى. وقيل، إنه عن طريق الارادة يسود الشخص على ذمته، فلا يمكن لأي تغيير أن يحدث فيها إلا بمـوافقة إرادتـه. وبالـذات، لا يمكن لالتزام أن يـزيد على هـذه الـذمة او ينقص منهـا إلا بموافقـة تلـك الإرادة. ومن هنـا، ضـرورة الإرادتين لأن الالتزام يربط شخصين. فإذا لم يكن لدينا إلا إرادة واحدة، فليس لهذه الإرادة من سلطان نهائي على اية ذمة. فهي وحـدها لا تستطيـع أن تضيف إلى ذمة صـاحبها حقا من الغير، لأن هذا الحق مرتبط بذمة اخرى وعنصر فيهـا، فلا بـد من موافقـة صاحب هذه الأخيـرة. ومن جانب آخـر، إن الشخص وحده لـه السلطان أن يعـدم إرادة صدرت سابقا عنه، موضوعهـا إنشاء التـزام لم يقبله شخص آخـر، لأن هذه الإرادة السـابقة ـ حتى هـذا الحين ـ تحت سلطانـه الكامـل الـذي لا ينقضي إلا بوجود إرادة اخرى موافقـة من شخص آخر يصبـح بها ذلـك الالتزام عنصـرا في ذمته. ومن هنا، تبدو ضرورة الإرادتين.

طبقا للنظرية التقليدية، لا تختلف الإرادة اللازمة لاكتساب الحق عن القبـول اللازم لإنشاء الالتزام، وكما يقول (بوتييه): «كما إنني لا أستطيـع بارادتي وحـدها أن انقل لآخر حقا في اموالي إذا لم تتوافق إرادته على اكتسابه، كذلك لا أستطيـع بـوعد مني أن أمنـح شخصا حقـا قِبل شخصي إلى أن تسهم إرادتـه ـ من أجـل اكتسابه ـ بقبول وعدي».[5]

تـأثر واضعـو «تقنين نابليـون» بآراء (بـوتييه) واستبعـدوا الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام[6]. واستقر في الفقه الفرنسي التقليدي، أن الإرادة بمفردها عاجزة عن أن تلـزم من صـدرت عنـه. فمن تصـدر عنـه إرادة، لا يلتـزم إلا إذا اجتمعت بارادته إرادة أخرى مطابقة، اي إلا إذا انعقد عقـد. وتبعا لـذلك، يستطيـع كل من صدرت عنه إرادة لم تتلاق معها إرادة أخرى أن يعدل عنها وفي اي وقت يشاء.

ثانيا ـ النظرية الألمانية:

نقطة البدء في هذه النظرية، تقتضي العودة إلى ما ساقه الفيلسوف الألماني (كانت) في «العقل العملي» من أن «سلطان الإرادة» هو المبدأ الوحيد لكل القوانين

---

(5) راجع: Pothier: Traite' des obligations, T.I, 1764, No = 4.

(6) راجع: ربح ـ دور الإرادة في التصرف القانوني، ف 425 و 432 ص 76 و 116 ومابعدها.

الأخلاقية ولكل الواجبات التي تمليها هذه القوانين[7] فالإرادة تستمد قوتها من ذاتها. ويقترن هذا النظر بنظرة جديدة إلى طبيعة الالتزام ترى أن الصلة ضعيفة بين محل الالتزام وأشخاصه، حيث يكون من المتصور وجود التزام بدون دائن وقت نشوئه، فيستند الالتزام إلى المدين وحده بما يدل على أن الرابطة الشخصية فيما بين الدائن والمدين ليست هي العنصر الأول في الالتزام، ويكون ذلك إعمالا للمذهب المادي حيث يمكن تصور التزام يقع عبئا في مال المدين بدون أن يكون هناك دائن يقتضي هذا العبء وقت وجود الالتزام.[8]

في هذا الإطار، يأتي تعريف الالتزام بأنه «حالة قانونية» تأكيدا للنزعة المادية، مستبعدا تعريفه بأنه «علاقة قانونية». فالالتزام مجرد من الدائن ومرتبط بالمدين وحده، إنما يكوّن عنصرا سلبيا من عناصر الذمة المالية أكثر منه علاقة قانونية تربط ما بين شخصين.

واستطرادا للنظر ذاته، يقال: «.. فماذا يمنع في المنطق القانوني من أن يلتزم الشخص بإرادته؟ أليس الإنسان حرا في أن يقيد نفسه في الدائرة التي يسمح بها القانون؟ فتقييده لنفسه هو في الواقع مظهر من مظاهر حريته، بل إن سلطان الإرادة هنا أكبر نفوذا منه في نظرية توافق الإرادتين، فالإرادة المنفردة قادرة وحدها على إيجاد الالتزام، وهذا أقوى ما يصل إليه سلطانها».[9]

ومن الناحية الاجتماعية ـ وهي الناحية التي يأبه لها القانون ـ إن الإرادة إذا أعلنت وعلم بها الغير فاطمأن إليها، ولدت ثقة مشروعة يستطيع الناس الاعتماد عليها، فوجب احترام هذه الحالة التي أوجدتها الإرادة. ولا يجوز عندئذ العدول إذا ترتب عليه الإخلال بهذه الثقة المشروعة، لأنه حين يصدر الوعد ويأخذ مكانه في العالم الاجتماعي، فإن أشخاصا معينين أو غير معينين يعلمون به، فيتصرفون على أساس الاطمئنان إليه. ومن ثم، فإن استقرار المعاملات يوجب التسليم بالقوة الملزمة للوعد الانفرادي متى أخذ صبغة اجتماعية.[10]

---

(7) راجع: Kant (E): Critique de la Raison Pratique, Paris 1949, P33.

(8) راجع: د/ عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ص 18.

(9) راجع: د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ف 183 ص 186و 187.

د/ حلمي بدوي، المرجع السابق، ف 76 ص 116 ومابعدها.

(10) راجع: ديموج ـ الالتزامات، جـ 1، ف 18 ص 55.

وقد تأثر الفقه الفرنسي بهذا المنطق، فكتب الفقيه (وورمز)[11] أن التطور التاريخي للارادة ـ باعتبارها منشئة للالتزام ـ يدل على أنها تخلصت تدريجيا من الاوضاع التي كانت تحوط بها، وأن لها أن تتخلص من ذلك جملة واحدة، فلا نبقي على اشتراط توافق إرادتين لإنشاء الالتزام، لأن ضرورة اتحاد إرادتين نوع من الشكلية لايزال باقيا. فإذا قضينا عليه، أصبحت الإرادة المنفردة كافية لإنشاء الالتزام. والدليل على أن الإرادة الواحدة هي التي تولد الالتزام، أن من صدر عنه الإيجاب إذا عدل عن إيجابه ولم يصل ذلك إلى علم الطرف الآخر قبْل أن يقبل، فإن العقد يتم على الرغم من عدول الموجب وعدم توافق الإرادتين، ولا يمكن تفسير ذلك إلا بأن الإيجاب ـ وهو إرادة منفردة ـ ملزم بذاته. بل ذهب الفقه (وورمز) إلى حد القول بأن مصدر الالتزام في العقد ليس هو العقد ذاته، بل الإرادة المنفردة لكل من المتعاقدين، حيث إنه متى سلمنا بأن الإرادة المنفردة تكون مصدرا للالتزام، فلا معنى لعدم الأخذ بهذا المذهب في العقد ذاته، لأنه إذا كانت الإرادة وحدها تولد التزاما، فلماذا لا تستطيع أن تكون هي وحدها مصدر الالتزام إذا اقترنت بارادة أخرى؟ هل يمكن أن تكون الإرادة المقترنة بارادة أخرى أضعف من الإرادة المنفردة؟.

موقف القانون المقارن من هاتين النظريتين:

جدير بالملاحظة، إنه على الرغم من الأصل الألماني للنظرية الحديثة، فإن التقنين المدني الألماني لا يأخذ بنظرية الإرادة المنفردة كمصدر عام للالتزام، إنما اقتصر على الأخذ في مسائل معينة، فأخذ بتطبيق لها في الإيجاب الملزم (م 130 و 145) والوعد بجائزة (م 657) وتقنين الالتزامات السويسري (م 3 و 5 و 8).

أما التقنين المدني الايطالي، فقد تضمنت بعض مواده تطبيقا للارادة المنفردة، وهو لا يعترف بصحة الالتزام الناشيء عن الإرادة المنفردة إلا في الحالات التي نص عليها القانون، كالوعد بجائزة.

يلاحظ أن الفقه الفرنسي ـ على الرغم من مناهضته لنظرية الإرادة المنفردة ـ انه لم يستطع ان يجد الأثر المنشيء الذي يترتب على الإرادة المنفردة، وسلم البعض منه بأن الإرادة المنفردة تستطيع ـ متى اقترنت بعنصر آخر ـ أن تولد التزاما جديدا وأن تعدل التزاما. فهناك حالات خاصة تستطيع فيها

(11) راجع: وورمز ـ الرسالة، ص 93 و 165 و 179.

الإرادة المنفـردة أن تنشيء التزامـا، وهي لا تستطيـع إنشـاء التـزام مـالم ينص القانون على ذلك. وقد يرتب القانون عليها هذا الأثر نتيجة لاستقرار مـركز قـانوني ترتب عليه إنشـاء التزام بـارادة منفردة، أو تبعـا للشكل الـذي يتم به التعبيـر عن الإرادة[12]. وقد سلم الفرنسيون بوجود الالتزام في حـالة الإيجـاب المقترن بميعـاد للقبول، والوعد بجائزة الموجه للجمهور، وإن كانوا لم يؤسسوا نشأتـه على الإرادة المنفردة، ولكنهم ردوه إلى العقد.[13]

موقف المشرع المدني الليبي من المسألة:

حتى نقف على النظر الذي تبناه المشرع الليبي في هذه المسألـة، لابد وأن نلقي نظرة على التطورات التي مر بها مشروع التقنين المدني المصري والتعديلات التي ادخلت عليه، والتي انتقلت منه إلى القانون المدني الليبي، وإن كان المشـرع الليبي قد استحدث نص المادة 165 الذي لا مقابل له في القانون المصري.

بادىء ذي بدء، نلاحظ أن المشرع خصص الباب الأول من الكتاب الأول من القانون المدني لمصادر الالتزام، وتناول كل مصدر منهـا في فصل مستقـل، وكانت «الإرادة المنفردة» من بين تلك المصـادر.

وقد تضمن المشروع التمهيدي للقانون المدني المصـري نص المادة 228. وكان يجعل من الإرادة المنفـردة مصدرا عـاما لـلالتزام على قـرار العقد، ويقضي بأنه:

«1 ـ إذا كان الوعد الصادر عن جانب واحد مكتوبا وكـان لمدة معينـة، فإن هذا الوعد يلزم صاحبه من الوقت الذي يصل فيه إلى علم من وجه إليه مـادام هذا لم يرفضه.

2 ـ وتسري على هذا الـوعد الأحكـام الخاصـة بالعقـود، إلا ما تعلق منهـا بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لإنشاء الالتزام.

3 ـ يبقى الإيجاب في العقود خـاضعا لـلأحكام الخـاصة بـه. ويسري حكم المادة التالية على كل وعد بجائزة يوجه إلى الجمهور».

---

(12) راجع: بلانيول (و) ريبيير (و) إسمان ـ مطول القانون المدني، جـ 6، ف 8 و 10.
ريبير (و) بولانجيه ـ مطول القانون المدني، ط 1952م، ص 425.

(13) راجع: د/ عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ف 349 ص 678.
د/ احمد ابو ستيت، المرجع السابق، ف 440 ص 361.

على ذلـك، لم يكن هناك من قيـد يقيد الالتـزام عن طـريق الإرادة المنفـردة سوى أن تكون الإرادة مكتوبة، وأن يحدد للالتزام بها مدة معلومة.

وقد سبق أن رأينا أن مذكرة المشروع التمهيدية أشارت في هـذا الخصوص إلى أن المشروع جعل من الإرادة المنفـردة مصدرا لـلالتزام، وأن هـذا التجديـد يعتبر نتيجة منطقية لإقرار المشروع لمبدأ لـزوم الإيجاب. فمتى اعتـرف للايجـاب بقوة الإلزام، فليس ثمة ما يدعو إلى الوقوف عند هذا الحد. ذلك أن التـزام المنطق نفسه، يؤدي إلى إقرار كفاية الإرادة المنفردة لإنشاء الالتزام بوجه عام.[14]

بيد أنه عند عرض المادة 228 على لجنة المراجعة وافقت على حذفها، وذلك عـدولا عن وضـع قـاعدة عـامة تجعـل الإرادة المنفردة ملـزمة، واكتفـاء بالحـالات المنصوص عليها في القانون من أن الإرادة المنفردة تنشىء التزاما.

خلاف فقهي حول اعتبار الإرادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام:

تشعبت الآراء في الفقه المصري حول تفسير مسلـك المشرع المصـري من مسألة اعتبار الإرادة المنفردة مصدرا عاما للالتـزام بعد أن تم حـذف المادة 228 من المشروع التمهيدي.

أ ـ ذهبت غالبية الفقه[15] إلى أن الإرادة المنفردة تشكـل مصدرا استثنـائيا لـلالتزام في التقنين المـدني المصري، وأنـه لا عيب في التبـويب الـذي تضمنـه التقنين. وأنه لا يسوغ القول بأن القانون هو مصدر الالتزام الذي ينشـأ عن طريق الإرادة المنفردة، ذلك أن القانون لا يكون مصدرا مباشرا إلا بـالنسبة لـلالتزامـات التي تنشأ من وقائـع ماديـة لا يجمع بينهـا جامـع. أما حيث يكـون الالتزام وليـد الإرادة، فـإن الإرادة ـ لا القانـون ـ تكون هي مصـدره المباشـر، هـذا إلى مـافي اعتبارها مصدرا من فائـدة تتمثل في إمكـان تأسيس بعض الأوضـاع عليها والتي يصعب ردها إلى غيرها. ومن هنا، تستقيم معالجة الإرادة المنفردة ضمن المصادر الإرادية للالتزام بعد العقد مباشرة، كما فعل القانون المدني.

وإذا كـان صحيحـا أن المشـرع المصـري لم يخصّ الإرادة المنفـردة ـ

---

(14) راجع: الأعمال التحضيرية، جـ 2، ص 336 و 337.

(15) راجع: د/ أحمد أبو ستيت، ف 403 ص 362 و 363 (و) د/ زكي، ف 230 (و) د/ عبد الباقي، ف 350 ص 683 (و) د/ سلطان، ف 389 (و) د/ الصدة، ف 391 ص 420.

باعتبارها مصدرا عاما للالتزام ـ بأي نص يصرح لها بهذه السلطة، إلا انه اتخذها عنوانا لفصل قائم بذاته من الفصول التي خصص كلا منها لمصدر الالتزام. ولا يُعترض على ذلك بمقولة إن هذا الوضع اقتضاه في المشروع التمهيدي ما بدأ به الفصل المخصص للارادة المنفردة من إيراد مادة تجعل منها مصدرا عاما لنشأة الالتزام (م 228) وأن هذه المادة حذفت، فأصبح الشكل بحذفها غير متفق مع المضمون إذ أن حذف هذه المادة ـ كما افصحت المذكرة الإيضاحية ـ لم يُجر إلا لمنع الإرادة المنفردة من أن تكون مصدرا عاما منطلقا، بمعنى أن تنشىء الالتزام في جميع الحالات أيا ماكانت، على النحو الذي يفعله العقد والفعل الضار والفعل النافع، ولتقتصر على إنشاء الالتزام في الحالات الخاصة التي يأذن لها فيها القانون نفسه بذلك، أو «اكتفاء بالحالات المنصوص عليها في القانون من أن الإرادة المنفردة تنشىء التزاما» كما قالت الأعمال التحضيرية، بل إن الأستاذ/ عبد الفتاح عبد الباقي[16] يوضح أن هذا الذي جاءت به الأعمال التحضيرية واتخذ سببا لحذف المادة 228 من المشروع التمهيدي، هو الذي تمليه طبيعة الأمور بذاتها، والذي تقول به ـ بالفعل ـ جميع القوانين التي تجعل من الإرادة المنفردة مصدرا منشئا للالتزام، وعلى رأسها القانون الألماني الذي يعتبر الينبوع الملهم في هذا الخصوص. فإطلاق أثر الإرادة المنفردة في إنشاء الالتزام يتسم بخطورة بالغة، إذ قد تجيء تلك الإرادة ـ اعتباطا أو في غمرة انفعال ـ من غير أن يكون صاحبها مستقرا في حقيقة الأمر عليها بعزم أكيد. ومن ثم، لزم أن يقيد دورها في إنشاء الالتزام على الحالات الخاصة التي يضمن فيها القانون أن تجيء على نحو ثابت ومستقر، وهذا ما دعا القانون الألماني إلى تقييد مهمة الإرادة المنفردة في إنشاء الالتزام، وقصرها على الحالات الخاصة التي يأذن له هو نفسه بذلك بنص خاص يتضمنه.

يخلص أنصار هذا النظر إلى القول بأن الإرادة المنفردة تعتبر ـ في ظل القانون المصري ـ مصدرا منشئا للالتزام، ولكنها مصدرا ضيقا ومحدودا، حيث إنها تقتصر في إنشاء الالتزام على الحالات الخاصة التي يصرح لها فيها القانون نفسه بذلك وبالشروط التي يقررها. بل إن الإرادة المنفردة لا تقف في دورها الضيق الحدود على إنشاء الالتزام، بل إنها تلعب نفس الدور ـ وفي نفس الحدود ـ

(16) راجع: د/ عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 683 و 684.

بالنسبة إلى تعديل التزام قائم او إنهائه. فليس لها أن تفعل أي شيء مما سبق إلا إذا أذن لها به القانون، وفي حدود ما يأذنها فيه.

ب ـ مقابل هذا الرأي، ذهب الأستاذ/ السنهوري[17] ـ ومن شايعه[18] ـ إلى أن حذف المادة 228 من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، يعني أن لجنة لمراجعة رجعت بالإرادة المنفردة عن أن تكون مصدرا عاما للالتزام إلى أن تكون مصدرا للالتزام في حالات استثنائية ترد في نصوص قانونية خاصة. ومن ثم، فإن الالتزامات التي تنشئها الإرادة المنفردة في التقنين المدني هي التزامات قانونية مصدرها المباشر هو القانون. ويرى الأستاذ/ السنهوري أن الهيئات المختلفة التي تعاقبت على نظر مشروع القانون المدني ـ منذ لجنة المراجعة ـ لم تنتبه لهذا التغيير الجوهري في مصدر الالتزامات التي تنشئها الإرادة المنفردة. فقد كان المصدر المباشر لهذه الالتزامات ـ وفقا للمشروع التمهيدي ـ هي الإرادة المنفردة ذاتها، وقد ارتقت إلى مقام العقد، فأصبحت مصدرا عاما للالتزام. ومن ثم، عقد المشروع التمهيدي للارادة المنفردة فصلا خاصا بها، كما عقد فصولا خاصة للمصادر العامة الأخرى وهي: العقد، والعمل غير المشروع، والإثراء بلا سبب. ولكن، بعد أن نزلت لجنة المراجعة بالإرادة المنفردة إلى أن تكون مصدرا للالتزام في حالات استثنائية وبمقتضى نص خاص، لم تعد الإرادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام، واصبحت الالتزامات الناشئة عنها لا تقوم بمقتضى أصل عام يقرره القانون، بل تقوم بمقتضى نصوص قانونية خاصة، فأصبح نص القانون هو المصدر المباشر لهذه الالتزامات. ومن ثم، كان الواجب اعتبار أي التزام ينشأ من الإرادة المنفردة التزاما مصدره القانون، وحذف الفصل الخاص المعقود للإرادة المنفردة في المشروع التمهيدي وإدماجه في الفصل المعقود للقانون كمصدر مباشر للالتزام، وهذا ما فات لجنة المراجعة وما تلاها من الهيئات أن تفعله. ولهذا السبب، يوضح الأستاذ/ السنهوري أنه لم يشأ أن يساير هذا الخطأ في التبويب، فلم يعقد للارادة المنفردة بابا خاصا بها يأتي بعد الباب المخصص للعقد كما فعل التقنين المدني، بل أرجأ الكلام في الالتزامات التي يكون القانون مصدرها المباشر، بحيث تدخل الالتزامات التي تنشئها الإرادة المنفردة في هذا النطاق.

---

(17) راجع: د/ عبد الرزاق السنهوري ـ الوسيط، جـ 1، م 2، ف 908 ص 1788.

(18) راجع: د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ف 359 ص 693.

يخلص انصار هذا النظر إلى ان القاعدة في التقنين المدني المصري، هي أن كل التزام تنشئه الإرادة المنفردة لابد أن يرد في نص قانوني، ويعتبر هذا النص هو مصدره المباشر، وهو الذي يعين أركانه ويبين أحكامه.

يصادق الأستاذ/ سليمان مرقس على التحليل المتقدم. بيد انه يرى انه لما كانت الإرادة المنفردة يُشترط فيها ما يشترط في كل من الإيجاب والقبول اللذين يتكون منهما العقد، الأمر الذي يجدر معه تقريب دراستها من دراسة العقد تمشيا مع مقتضيات الدراسة، لا انحيازا لما ذهب إليه البعض من اعتبار الإرادة المنفردة مصدرا منشئا للالتزام، محدودا بالحالات التي يأذن لها القانون في ذلك بنصوص خاصة.

نص المادة 165 من القانون المدني الليبي:

أضاف المشرع الليبي في الفصل الثاني الخاص بالإرادة المنفردة نصا لا نصادفه في القانون المدني المصري، هو نص المادة 165 الذي يتحدث عن «أحكام الإرادة المنفردة» ويقضي بأنه:

«1 ـ إذا نص القانون على أن تكون الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام، سرى عليها ما يسري على العقد من أحكام، إلا إذا كانت هذه الأحكام يقتضيها تعدد الآراء أو كانت تتعارض مع نص القانون.

2 ـ وتسري بوجه عام أحكام العقد على الإرادة المنفردة باعتبارها تصرفا قانونيا يرتب آثارا أخرى غير إنشاء الالتزام».

هذا، ويرى الأستاذ/ السنهوري[19] ان المشرع الليبي قد عبر بوضوح بهذا النص عن أن الإرادة المنفردة لم تعد مصدرا عاما للالتزام، وإنما مجرد مصدر للالتزام في حالات استثنائية ترد في نصوص قانونية خاصة.

والواقع، إن العقد هو المصدر الرئيسي للالتزام الإرادي، ولكنه لم يعد مصدرا وحيدا، وإنما تشكل الإرادة المنفردة مصدرا ثانويا وأستثنائيا في حالات محددة ينص عليها القانون حيثما تدعو حاجة التعامل إلى ان ينشأ الالتزام في ذمة الشخص بارادته وحدها بدون توقف على قبول من أخر[20]. ويتأكد هذا النظر من

---

(19) راجع د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 1788 هـ 2.

(20) راجع: د/ إسماعيل غانم، المرجع السابق، ف 207 ص 392.

أن المشـرع الليبي قد حـافظ بدوره على ذات تبـويب التقنين المـدني المصـري، وخصص للارادة المنفردة فصـلا مستقلا. ويتـأكد هـذا المعنى الذي نقـول به من الـرجوع إلى الأعمـال التحضيريـة للقانـون المدني، فهي لا تـدلا على العدول عن تطبيق نظرية الإرادة المنفردة. وقد دار حوار في هذا الصدد بين الدكتـور/ حامـد زكي والأستاذ/ السنهوري، في لجنـة القانـون المدني بمجلس الشيـوخ المصري. فقـد طلب الأستاذ/ حـامد زكي أن يثبت في النصـوص أن المشـروع اقتصـر في الأخـذ بنظريـة الإرادة المنفردة على مسـائل معينـة، ولم يأخـذ بها كمصـدر عام للالتزام. فرد الأستاذ/ السنهوري بأنه لا حاجة لهذا، لأن التشـريعات التي تـأخذ بنظـرية الإرادة المنفـردة - بوجـه عـام - تنص على ذلـك في أول البـاب، وتعـرف الإرادة المنفردة. «أما المشروع فلم يأخذ بنظرية الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام إلا في ناحية محدودة، بمعنى انه أورد بعض تطبيقات للارادة المنفردة».[21]

بذلك، يكون المشرع قد اتى بسند من القانون لتفسير التزامات يتعذر قيامها على اسـاس العقد، وكـان بعض الشراح قـد جرى على تفسيـر هـذه الالتـزامـات الأخيرة بطريق البحث العلمي على أسـاس أن مصدرهـا الإرادة المنفردة. ويتـأكد هذا النظر من استعراض بعض التطبيقات القانونية لفكرة الإرادة المنفردة.

تطبيقات قانونية للارادة المنفردة:

للارادة المنفردة بعض تطبيقـات متفرقـة في نصوص القـانون، نـذكر منهـا مايلي:

الإيجاب الملزم: نصت عليه المادة 1/93 حيث تقضي بأنه «إذا عين ميعاد للقبول، التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعـاد». وقد رأينـا أن هذا النص يجعل الإيجاب ملزما حتى حلول الميعـاد المحدد للقبـول، فيكون في وسع الموجب أن يرجع فيه قبل أن يصل إلى علم من وجه إليه. فإذا تم هـذا العلم امتنع على الموجب أن يرجع في الإيجاب حتى يحل الميعـاد، ويرد التـزام الموجب في هذا الفرض إلى الإرادة المنفردة.[22]

---

(21) راجع: الأعمال التحضيرية، جـ 2، ص 348.

(22) راجع: د/ عبد المنعم الصدة، المرجع السابق، ف 81 ص 96.
د/ احمد ابو سـتيت المرجع السابق، ف 99 ص 96.

إنشاء المؤسسة: تنص المادة 1/70 على ان «يكون إنشاء المؤسسة بسند رسمي أو بوصية». ويعني ذلك أن إرادة المنشىء المنفردة توجد المؤسسة، أي توجد شخصا اعتباريا وتنشىء التزاما في ذمة صاحبها نحو هذا الشخص الاعتباري، فتلزمه بأن ينقل إلى المؤسسة ملكية ما كان قد تعهد بتخصيصه من المال لها.

تطهير العقار المرهون رهنا رسميا: تقضي المادة 1070 بانه «يجب على الحائز أن يذكر في الإعلان انه مستعد أن يوفي الديون المقيدة إلى القدر الذي قوّم به العقار. وليس عليه أن يصحب العرض بالمبلغ نقدا، بل ينحصر العرض في إظهار استعداده للوفاء بمبلغ واجب الدفع في الحال، أيا كان ميعاد استحقاق الديون المقيدة». ومؤدى هذا النص، إن حائز العقار المرهون يلتزم بارادته المنفردة أن يوفي الديون المقيدة إلى القدر الذي قوم به العقار، وذلك بمجرد إظهار رغبته في تطهير العقار بتوجيهه إلى الدائنين المقيدة حقوقهم إعلانات على النحو الذي بينته المادة 1069.

سريان أحكام العقد:

جدير بالذكر، إن الإرادة المنفردة في الحالات التي ينص فيها القانون على ان تكون مصدرا للالتزام، فإنه طبقا لنص المادة 165 «سرى عليها ما يسري على العقد من احكام، إلا إذا كانت هذه الأحكام يقتضيها تعدد الإرادة او كانت تتعارض مع نص القانون». وعلى ذلك، وفي الحدود التي تقدم ذكرها، تسري عليها أحكام العقد من حيث الأهلية وخلو الإرادة مما يعيبها، ومن حيث ضرورة قيام الالتزام على محل وسبب مستجمعين للشرائط اللازمة، مع استثناء ما تعلق من تلك الأحكام بتوافق الإرادتين بداهة[23]. وأساس هذا النظر، إن التصرف الصادر عن جانب واحد لا يعدو أن يكون ثمرة الإرادة وإن كانت منفردة، في حين أن العقد هو بدوره ثمرة الإرادة المزدوجة، فكأن الفارق يكمن في الانفرادية والازدواجية. وفي غيره، تطبق احكام العقد على التصرف الصادر بالإرادة المنفردة على سبيل القياس.

*

(23) راجع: د/ عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ف 351 ص 685.
د/ احمد ابو ستيت، المرجع السابق، ف 402 ص 363.

الفصل الثاني

الوعد بجائزة الموجة إلى الجمهور

متى وجه شخص وعدا إلى الجمهور بجائزة لمن يقوم بعمل معين، فإن الوعد يولد التزاما في ذمة الواعد، مثل ذلك الوعد باعطاء جائزة لمن يعثر على اشياء ضائعة أو لمن يقوم بعمل عسير. والأمر الجوهري في هذا الصدد، أن المشرع نص صراحة في القانون المدني على أن الوعد بجائزة التزام مصدره الإرادة المنفردة للواعد، يلتزم بمشيئته وحدها إزاء من يقوم بالعمل المطلوب. وقد نصت على ذلك المادة 164 من القانون المدني، وتقضي بأن:

«1 ـ من وجه للجمهور وعدا بجائزة يعطيها عن عمل معين، التزم باعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل، ولو قام به بدون نظر إلى الوعد بالجائزة أو بدون علم بها.

2 ـ وإذا لم يعين الواعد اجلا للقيام بالعمل، جاز له الرجوع في وعده باعلان للجمهور، على الا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد. وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة، إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلانه العدول للجمهور».

وقد أوردت المذكرة الإيضاحية شرحا لأحكام هذه المادة، فقالت:[24]
عمد المشروع إلى إيراد اهم تطبيق من تطبيقات الإرادة المنفردة، فعرض

(24) راجع: الاعمال التحضيرية، جـ 2، ص 336.

لأحكام الوعد بالجائزة إذا وجه إلى الجمهور، وخالف المشروع الفرنسي/ الإيطالي بشأنها، فلا يزال هذا المشروع مبقيا على الأساس التعاقدي لذاك الوعد بدون أن يشفع ذلك بتعليل شاف. وليس صحيحا على وجه الإطلاق أن يقال، إن هذا التكييف التعاقدي يردّ إلى ما للوعد من خصيصة تبادلية، وإن الوعد لا يتم إلا برضا من إرادتين. فالواقع، إنه لا يقصد إلى مجرد استظهار معنى إتمام أحكام الوعد باشتراك إرادتين (وهو ما يتحقق في كل الأحوال) بل الجوهري في هذا الصدد، هو إبراز وجه انفراد الإرادة بترتيب التزام الواعد، فهو يلتزم بمشيئته وحدها إزاء من يقوم بالعمل المطلوب ولو كان يجهل صدور الوعد.

وتمضي المذكرة الإيضاحية، فتشير إلى انه يجب التفريق بصدد الوعد بجائزة بين ما إذا كان الواعد قد حدد مدة لوعده، وبين ما إذا كان قد ترك المدة بدون تحديد. ففي الحالة الأولى، يلتزم الواعد نهائيا بمشيئته وحدها بدون أن يكون له أن يعدل عن وعده خلال المدة المحددة. فإذا انقضت هذه المدة ولم يقم أحد بالعمل المطلوب، تحلل الواعد من وعده ولو انجز هذا العمل فيما بعد. أما إذا تم القيام بالعمل المطلوب قبل انتهاء المدة، فيصبح من قام به دائنا بالجائزة من فوره ولو لم يصدر في ذلك عن رغبة في الحصول عليها، بل ولو كان جاهلا بالوعد. وفي هذا ما ينفي عن الوعد بالجائزة صفته العقدية، فهذه الصفة ليست في راي المشروع من مستلزماته.

أما في الحالة الثانية حيث لا يحدد اجل لاداء العمل المطلوب، فيلتزم الواعد ـ على الرغم من ذلك ـ بالوعد الصادر من جانبه. ولكن، يكون له أن يعدل عنه وفقا للأوضاع التي صدر بها، بأن يحصل العدول علنا بطريق النشر في الصحف أو اللصق مثلا. ولا تخلو الحال في الفترة التي تمضي بين إعلان الواعد والرجوع فيه من أحد فروض ثلاثة:

أ ـ إذا لم يكن قد بدىء في تنفيذ العمل المطلوب، تحلل الواعد نهائيا من نتائج وعده.

ب ـ إذا كان قد بدىء في تنفيذ هذا العمل بدون أن يبلغ مرحلة الإتمام، التزم الواعد بأن يرد إلى مَن بدأ في هذا التنفيذ ما انفقه، على الا يجاوز في ذلك قيمة الجائزة الموعود بها.

هذا، ولا يعتبر الوعد الذي عدل عنه اساسا لهذا الالتزام، بل هو يرد في اساسه إلى أحكام المسؤولية التقصيرية المقررة في نصوص القانون. وتسقط هذه

المسؤولية في حالتين: أولاهما حالة سقوط الدعوى باسترداد ما انفق بانقضاء ستة أشهر من يوم إعلان الرجوع في الوعد، والثانية حالة إقامة الواعد الدليل على أن النجاح المنشود لم يكن ليتحقق لو أن ما بدىء في تنفيذه قد تم، إذ تنعدم ـ في هذه الحالة ـ رابطة السببية بين الضرر الذي أصاب من تحمل النفقات ورجوع الواعد في وعده. وكذلك يكون الشأن في حالة البدء في تنفيذ العمل المطلوب قبل إعلان العدول، وإتمامه بعد هذا العدول.

جـ ـ أما إذا كان العمل المطلوب قد تم بأسره قبل إعلان العدول، فغني عن البيان أن الجائزة تصبح واجبة الأداء بمقتضى الوعد المعقود بمشيئة الواعد وحده.

يبرز ما جاء بالمذكرة الإيضاحية، ما انطوى عليه نص المادة 164 من تجديد بالنسبة لمنطق النظرية التقليدية. ذلك أنه ـ طبقا لهذا المنطق ـ ليس هذا الوعد إلا مجرد إيجاب يخضع لكل القواعد الخاصة بالإيجاب التي تتعلق بامكان العدول عنه، وبصفته الملزمة إذا صحبته المهلة، وبتأثير الموت وعدم الأهلية فيه، فبالقبول تنشأ الرابطة الملزمة. فإذا علم شخص بالإيجاب وقبله صراحة أو ضمنا، فإن الرجوع عن الوعد يصبح غير ممكن حتى قبل تنفيذ الوعد، لأن هناك عقدا نهائيا قد ابرم. ومن ناحية أخرى، إن إتمام شخص لمضمون الوعد من دون قبوله لهذا الوعد ـ من باب أولى لو أتمه بدون علم به ـ فإن هذا التنفيذ لا يجعل منه طرفا في العقد، وبالتالي لا ينشأ له حق قبل الواعد، ولا تنفي هذه الأحكام إمكان تطبيق قواعد الإثراء بلا سبب.[25]

أما وفقا للنظرية التي تبناها المشرع الليبي، فإن ما يميز الوعد بالجائزة هو أنه لا يحتاج إلى قبول، بل إن الالتزام ينشأ قبل وبدون القبول. ولهذا السبب وكما جاء في المذكرة الإيضاحية، خالف المشروع اتجاه المشروع الفرنسي/ الإيطالي «الذي لا يزال مبنيا على الأساس التعاقدي لذلك الوعد». فطبقا للقانون المدني الليبي، لا يقصد من الوعد مجرد استظهار معنى إتمام أحكام الوعد باشتراك إرادتين، بل الجوهري في هذا الصدد هو إبراز وجه انفراد الإرادة بترتيب التزام الواعد، فهو يلتزم بمشيئته وحدها إزاء من يقوم بالعمل المطلوب ولو كان يجهل صدور الوعد. وهنا، يثور التساؤل عن الشروط التي يجب توفرها حتى يصبح الوعد بجائزة ملزما؟.

---

(25) راجع: د/ عبد الرزاق السنهوري ـ نظرية العقد، ف 255.

شروط الوعد بجائزة:[26]

يلزم في الوعد بجائزة توفر شروط تتعلق بالإرادة والمحل والسبب.

1 - من حيث الإرادة:

يجب لقيام الوعد بجائزة أن تتوفر فيه الشروط التالية:

أ - أن تصدر من الواعد إرادة جدية تتجه إلى الالتزام: يقصد بالإرادة الجدية أن تكون متجهة إلى الالتزام. فإذا ما وعد شخص بجائزة لمن يقوم بعمل هو الكشف عن عيب في بضاعة لديه كما يحدث ذلك كثيرا كوسيلة من وسائل الإعلان، فهو غير جاد في وعده أو هو يرجو الا يحقق ذلك، فإن إرادته لا تكون جدية، وبالتالي لا التزام. ويجب ان تكون تلك الإرادة الجدية إرادة باتة ترمي إلى إنشاء الالتزام بالجائزة لمن يقوم بالعمل المطلوب، لا إلى مجرد التفاوض في شأنه. ويجب أن تصل الإرادة إلي مرحلة الثبات كما في الإيجاب البات. ويشير الفقه إلى أن هناك فارقا جوهريا بين الوعد الملزم والإيجاب الملزم، لأن الإيجاب وحده ليس هو الذي ينشيءالالتزام الخاص بموضوع ما عرض فيه، بل الذي ينشيء هذا الالتزام هو العقد إذا ما صدر عن الموجه إليه الإيجاب قبول له. وهذا التزام، إذا تم في حالة الإرادة المنفردة، تكون هذه الإرادة وحدها هي المنشئة له لا بصفة إيجاب، لأن الالتزام الذي ينشئه الإيجاب وحده في بعض الصور هو البقاء على الإيجاب لا التزام بموضوعه. ومن هنا، تكون اهمية تبين ما إذا كان يقصد بالتعبير عن الإرادة الارتباط بوعد من جانب واحد أم مجرد الإيجاب. ويفترض عند الشك في تفسير اتجاه الإرادة أنه قصد بها مجرد الإيجاب، إذ الأصل أن الالتزام الإرادي ينشأ نتيجة لتوافق الإرادتين، أما الالتزام الذي يكون مصدره الإرادة المنفردة فاستثناء لا يجوز التوسع في نطاقه. ويقع عبء إثبات قيام الوعد الصادر من جانب واحد على عاتق الدائن الذي يدعي ذلك.

ب - أن يكون الوعد، بوصفه تعبيرا عن الإرادة، موجها إلى الجمهور: يشترط أن يوجه الوعد إلى الجمهور. أما إذا وجه الوعد إلى شخص او اشخاص معينين، فإنه يكون إيجابا يجب أن يقترن به القبول، وإلا فلن ينشأ الالتزام بالجائزة. وإذا تم القبول، فإن الالتزام يكون مصدره العقد لا الإرادة المنفردة، ولا تنطبق عليه أحكام الوعد بالجائزة التي نصت عليها المادة 164.

---

(26) راجع: د/ قلادة، ف 49 ص 186 (و) د/ الصدة، ف 395 ص 422 (و) د/ مرقس، ف 361 ص 694 ومابعدها (و) د/ السنهوري، ف 913 ص 1801 (و) د/ حجازي، جـ 2، ص 393 و 394.

في هذا المعنى، حكم بأن الوعد بالجائزة يقوم اساسا على توفر اركان معينة منها أن توجه الإرادة إلى الجمهور، أي إلى أشخاص غير معينين، فإذا ما وجهت إلى شخص معين، خرجت عن أن تكون وعدا بجائزة، وسرت عليها قواعد الإيجاب، فلابد أن يقترن بها القبول، وتصبح عقدا لا إرادة منفردة.[27]

يقال في هذا الصدد، إنه إذا نظرنا إلى الموجه إليه، وجدنا التصرف القانوني يقترب هنا من العمل التشريعي، ولهذا، فإن الموقف احتاج إلى تنظيم قانوني خاص من أجل حماية الجماعة التي يتوجه إليها التعبير، فانشأ القانون على عاتق هذا الواعد التزاما قانونيا بمضمون وعده، فيستطيع من يعلم بالوعد أن يضع فيه ثقته بدون أن يخشى عدول الواعد.

يفترض في هذا الشرط أن يكون توجيه التعبير للجمهور على نحو علني، أي بطريق من طرق النشر المعروفة بحيث يتيسر لعدد من الناس العلم بما وجه إليهم. يضاف إلى ذلك، إن النشر الجماهيري للوعد يمثل دليلا على أن صاحبه قد عزم النية عليه عزما نهائيا، وأنه لم يكن وليد مجرد فكرة عفوية طارئة أتته في غمرة من حماس آني موقوت.[28]

جـ ـ من حيث صحة الإرادة: يلزم أن تكون هذه الإرادة مستكملة جميع شرائط الانعقاد والصحة التي يلزم توفرها في الإرادة في التعاقد، فيجب أن يكون الواعد مميزا ومتمتعا بأهلية الالتزام، وأن تكون إرادته سليمة من كل عيب يشوبها كالغلط والتدليس والإكراه.

على أن البعض[29] يلاحظ بالنسبة للأهلية المطلوب توفرها في الواعد، أن الوعد بجائزة ليس له طابع واحد في جميع الأحوال. ومن ثم، تتحدد الأهلية الواجبة على حسب طبيعة الوعد بالنسبة للواعد، فهو ليس تبرعا دائما ولا معاوضة دائما. فهو معاوضة إذا كان النشاط الذي يبذله الغير تعود نتيجته بالفائدة على الواعد، سواء أكانت هذه الفائدة مادية أم أدبية. ومثاله، أن يوجه شخص للجمهور وعدا بجائزة لمن يقترح أجمل اسم دعائي لفندق أو محل تجاري، أو لمن يعثر على

---

(27) راجع: نقض مدني مصري، جلسة 1977/2/23م، مجموعة المكتب الفني، س 28 رقم 97 ص 511.

(28) راجع: د/ عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ف 355 ص 689.

(29) راجع: د/ عبد الحي حجازي ـ مصادر الالتزام، جـ 1، ص 590 و 591.

أشياء مفقودة. وهو تبرع إذا كان النشاط الذي يبذله الغير تعود فائدته عليه وحده بدون أن يترتب عليه كسب مالي مباشر للواعد، كأن يوجه شخص إلى الجمهور وعدا بجائزة لأحسن مؤلف في مادة معينة، او لمن يكون محصوله الزراعي أوفر من غيره، أو لمن يكشف عن دواء لعلاج مرض معين.

2 ـ من حيث المحل، يكون محل الوعد إعطاء جائزة معينة:

قد تكون هذه الجائزة مبلغا من النقود او شيئا أخر له قيمة مالية كأسهم او سيارة، كما يصح أن تكون قيمتها ادبية كوسام او كأس.

يشترط هنا أن يكون محل الالتزام جائزة معينة يتعهد الواعد باعطائها لمن يحقق الغرض المقصود بالالتزام ابتداء من تاريخ إعلان الوعد، وذلك لأن التزام الواعد يعتبر التزاما معلقا على شرط واقف هو القيام بالعمل الموعود بالجائزة من أجله. فإذا كان العمل قد تم قبل إعلان الوعد بالجائزة، فإن الالتزام يعتبر منجزا ومستحقا من وقت صدوره وليس مجرد وعد بجائزة.[30]

تنطبق على الجائزة ذات الشروط التي يتطلبها القانون في محل الالتزام العقدي، اي التعيين والإمكان والمشروعية.

3 ـ من حيث السبب، اداء العمل الذي خصصت الجائزة من اجله:

يقصد بالسبب هنا، العمل الذي خصصت الجائزة من أجله، وهو عبارة عن سبب الالتزام بالمعنى الذي تقدم بيانه. ويجب فيه أن يكون عملا معينا يقوم به الشخص الذي يستحق الجائزة. فالأمر الجوهري، هو أن تكون الجائزة عن عمل معين. أما إذا كان الوعد باعطاء الجائزة لمن يوجد في مركز معين بدون أداء أي عمل كالوعد بجائزة لمن يولد في يوم معين مثلا، فلا تتحقق فيه أركان الوعد الملزم بالإرادة المنفردة كما نصت عليه المادة 164 بل هو إيجاب يجب أن يقترن به قبول حتى ينشأ الالتزام بالجائزة عن عقد هبة.

هذا، ويشير البعض[31] إلى اتفاق حكم القانون الليبي في هذه المسألة مع

---

(30) راجع: د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ف 362 ص 695. وعكس ذلك:
د/ عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ف 897 ص 1111.
د/ إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص 397.

(31) راجع: د/ عبد الحي حجازي، المرجع السابق، جـ 2، ص 393 و 396.
د/ عبد المنعم الصدة، المرجع السابق، ص 423 هـ 1.

حكم القانون المدني الألماني الذي يجعل سبب التزام الواعد بجائزة هو قيام شخص بعمل معين، حيث تنص المادة 657 منه على أن كل من يعد بجائزة - بطريق الإعلان العام - للقيام بعمل أو على الخصوص للحصول على نتيجة، يلتزم باعطاء تلك الجائزة لمن قام بالعمل. اما القانون الالماني/ الإيطالي فيصح أن يكون سبب التزام الواعد فيه، هو القيام بعمل معين أو الوجود في مركز معين، حيث تنص المادة 1989/1 منه على أن «من يوجه إلى الجمهور وعدا بجائزة لمن يوجد في مركز معين أو يقوم بعمل معين، يلتزم بذلك الوعد متى صار علنيا».

آثار الوعد بجائزة:

يجرى التمييز في آثار الوعد بجائزة ما إذا كان الوعد قد حددت له مدة يجب ان يتم فيها العمل المطلوب، ام لم تحدد له مدة.

الحالة الأولى - اقتران الوعد بمدة محددة:

في هذه الحالة، يلتزم الواعد نهائيا بمشيئته المنفردة بدون أن يكون له از يعدل عن وعده خلال المدة المحددة. فإذا انقضت المدة من غير أن يقوم من وجه إليه بالعمل المطلوب، تحلل الواعد من وعده. فإذا انتهت المدة بدون أن يقوم احد بالعمل المطلوب، انقضى التزام الواعد، ولا يكون مدينا بالجائزة لمن يتم العمل بعد انقضاء المدة المحددة، ولا يكون مسؤولا عن تعويضه عما ينفقه، ولو كان قد بدا في القيام بالعمل الذي لم يكن قد أتمه عند انقضاء المدة مدفوعا برغبته في الحصول على الجائزة.

اما إذا تحقق العمل المطلوب، فقد استحق من قام به الجائزة، سواء كان يعلم بالجائزة أو لم يعلم. ولا يُتصور رد التزام الواعد في حالة ما يكون القائم بالعمل يجهل وجود الجائزة، أو بدون نظر إليها إلى غير الإرادة المنفردة. ولهذا، فإن مجرد الإعلان عن هذا الوعد، يجب أن يؤدي إلى إنشاء الالتزام على عاتق الواعد. فبالإصدار، أي بتوجيه الوعد للجمهور، يتم الوعد. فإذا ما نقل بعد ذلك لعلم شخص معين، فلن يكون هذا الإعلام جزءا من التعبير المنشيء للتصرف القانوني، أي جزءا من الركن المادي فيه. فهذا الركن قد استوفى بمجرد الإصدار، أي أن هذا الإعلام لن يكون تعبيرا عن إرادة، بل التحري تعبيرا عن تصرف تام، أي أنه تعبير عن واقعة[32] بذلك، يكون الوعد - كما يقول سالي - عملا من أعمال

(32) راجع: سالي - التعبير عن الإرادة، م 130، ف 44.
د/ وليم قلادة، المرجع السابق، ص 188.

السلطة القانونية يخلقه من يصدر عنه خلقا مستقلا بدون أن يحتاج من أجل إتمامه إلى توجيهه لأحد. فالشخص يعلن التزامه، ويلقي بهذا الالتزام في المعاملات كما تسك النقود، وليس على الغير إلا أن يجمعها ويمتلكها طبقا للشروط الموضوعية لذلك.

الحالة الثانية ـ عدم اقتران الوعد بمدة محددة لأداء العمل المطلوب:

على الرغم من أن الواعد لم يحدد مدة لوعده، فإنه يلتزم بالوعد الذي صدر عنه. ولكن، يكون له أن يعدل عنه بالطريقة التي عبر بها عن وعده، فيحصل العدول بالنشر في الصحف أو بالإذاعة مثلا، اي بذات العلانية التي تم بها الوعد.

تجرى تفرقة في بيان أثار الوعد غير المحدد المدة بين: حالة استعمال الواعد لحقه في الرجوع، وحالة عدم استعماله له.

أ ـ في حالة عدم استعمال الواعد لحقه في الرجوع، يتحدد الوعد بالمدة المعقولة التي يجدي فيها القيام بالعمل المطلوب. فإذا تم العمل خلالها، كانت الجائزة من حق من قام بها. وإذا انقضت بدون أن يتم أحد العمل المطلوب، فإن التزام الواعد ينقضي. وعند الخلاف على تقدير المدة المعقولة، يفصل القاضي في ذلك.[33]

ب ـ إذا استعمل الواعد، حقه في الرجوع، فتجب التفرقة بين فرضين:

1) إذا عدل الواعد وكان قد بُدىء في تنفيذ هذا العمل بدون أن يتم التنفيذ، التزم الواعد أن يرد إلى من بدأ التنفيذ ما انفقه، على الا يجاوز في ذلك قيمة الجائزة الموعود بها. ويرى الفقه السائد أن مصدر هذا الالتزام العمل غير المشروع، إذ أن الوعد بجائزة ـ بصفته التزاما إراديا ـ انقضى بعدول الواعد، ولكن هذا الوعد واقعة ترتب على العدول عنها ضرر يستوجب التعويض باعتبار هذا العمل غير مشروع، أي أن التعويض ـ فيما يرى هذا الفقه ـ يقوم على المسؤولية التقصيرية باعتبار أن الرجوع عن الوعد ـ بعد اعتماد الغير عليه وقبل انقضاء المدة المعقولة ـ يعد إخلالا بالثقة المشروعة يوجب التعويض عما ترتب عليه من ضرر.[34]

---

(33) راجع: د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ف 915 ص 1804.

(34) راجع: د/ عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ط 1982م، ف 901.
د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ف 915.
د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 700.

يلاحظ الدكتور/ إسماعيل غانم[35] على هذا الراي، ان المسؤولية التقصيرية تقتضي إثبات الخطأ، والقانون يقرر صراحة للواعد الحق في الرجوع، فلا يصح أن يعتبر الرجوع في ذاته خطأ، بل يجب لاستحقاق التعويض إثبات تعسف الواعد في استعمال حقه في الرجوع طبقا لأحد المعايير الثلاثة التي نصت عليها المادة الخامسة من التقنين المدني، وليس هذا بالأمر اليسير.

2) إذا كان العمل المطلوب قد تم قبل إعلان العدول، فإن الجائزة تعتبر حقا لمن قام بالعمل مصدره التزام الواعد بارادته المنفردة. ويستحق القائم بالعمل الجائزة ولو لم يكن قد علم بها، أو ولو كان قد قام به من دون نظر إلى الجائزة. على انه يشترط في هذه الحالة أن ترفع دعوى المطالبة بالجائزة خلال ستة اشهر من تاريخ إعلان العدول، وتلك مدة سقوط لا يرد عليها الوقف ولا الانقطاع، قضى بها المشرع رغبة منه في حسم المنازعات التي قد تنشأ بسبب تقادم العهد على الجائزة وصعوبة الإثبات على نحو ما ساقت المذكرة الإيضاحية.[36]

أما إذا لم يحدث عدول، فلا تتقادم الدعوى إلا بمضي خمس عشرة سنة وفقا للقواعد العامة، شأن كل التزام إرادي لم يرد لتقادمه نص خاص.

أحكام الإرادة المنفردة في مشروع القانون المدني الجماهيري:

نشير اولا إلى[37] أن للإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي مجالا كبيرا، إذ تكفي بذاتها لإنشاء كثير من التصرفات، مثل الطلاق والرجعة والوقف والوصية وقبولها والرجوع فيها وردها واسقاط الشفعة والإبراء والوعد والإيجاب والرجوع عنه ورده وعزل الوكيل وفسخ العقد غير اللازم .. الخ.

وقد ساير مشروع القانون المدني الجاهيري هذا النظر حيث جعل الإرادة المنفردة مصدرا مستقلا من مصادر الالتزام، وافرد لها الفصل الثاني من الباب الأول الخاص بمصادر الالتزام. وأرست المادة 230 القاعدة العامة في هذا الخصوص، وتقضي بأن:

«1 ـ يجرى التصرف المنفرد بالتعبير عن إرادة صاحبه، تعبيرا محتويا كافة البنود الجوهرية للتصرف، وفي الشكل المتطلب قانونا.

---

(35) راجع: د/ إسماعيل غانم، المرجع السابق، ف 211 ص 399.

(36) راجع: الأعمال التحضيرية، جـ 2، ص 347.

(37) راجع: د/ عبد الرزاق السنهوري ـ الوسيط، ف 908 ص 1789.

2 ـ يعتبر جوهريا كل بند يجب توفره في التصرف وفقا للقانون، أو قرار التخطيط، أو طبيعة المعاملة».

وأوضحت الشروح أن التصرف المنفرد ينقسم إلى اختياري مثل الوصية والإبراء والإقرار والجعالة، وإجباري مثل الإعلان عن مسابقة طبقا لخطة التنمية.

وطبقا للمادة 231 من المشروع، ينتج التعبير المنفرد اثره:

1) إذا اعلن إلى الجمهور.

2) أو وصل إلى من وجه إليه.

3) أو صدر في الشكل المعتبر قانونا، إذا كان التصرف مضافا إلى ما بعد الموت. ومثّل هذه التصرفات: الإعلان عن المسابقة، والجعالة، والإبراء، والوصية.

وفي شأن مضمون التصرف، ميزت المادة 232 ما بين المضمون الإجباري والمضمون الاختياري، وتقضي بأن:

«1 ـ يعتبر مضمونا إجباريا للتصرف المنفرد، أحكام القانون وبنود قرار التخطيط المتعلقة بشروط التصرف.

2 ـ للمتصرف إضافة مضمون اختياري يتماشى مع طبيعة المعاملة.

3 ـ إذا خالف مضمون التصرف المنفذ لقرار التخطيط بنود المهمة المخططة، جرى تصحيحه في جزئه الباطل بما يتفق وهذه المهمة».

أخيرا، تناولت المادة 233 كيفية تنفيذ التصرف، فأخذت بالمبدأ المقرر في القانون القائم من حيث سريان أحكام تنفيذ العقد ـ كقاعدة عامة ـ على تنفيذ التصرف المنفرد على ان يراعى في ذلك:

ـ تفسير التصرف المنفرد بالمعنى الأقل تكلفة لمن أصدر التصرف من دون إغفال المصالح الجديرة بالاعتبار لذوي الشأن. ففي الإعلان عن مسابقة هندسية مثلا، يراعى الجهد الذي بذله المتقدمون للمسابقة.

ـ عند تحول التصرف المنفرد إلى عقد، تسري قواعد التفسير المتعلقة بالعقود، ومثال لذلك تحول العرض الملزم إلى عقد بيع.

وتناول المشروع في فصل التصرف، مرحلة التمهيد للتعاقد متوخيا في ذلك إرساء سياسة تشريعية تقوم على التوسع في المسؤولية القانونية بناء على التصرف المنفرد، وذلك رغبة في توفير مزيد من الحماية للجماهير. فتناولت المادة 234 من المشروع مرحلتي «الدعوة والتفاوض» ثم تناولت المادة 235 مرحلة «الإيجاب الملزم» وقد سبق أن عرضنا لهذه المسألة.

لكن ما يهم التنويه به في هذا الصدد، هو العناية الملحوظة التي أولاها واضعو المشروع لـ «الإعلان عن مسابقة» و «الجعالة».

فبالنسبة للإعلان عن مسابقة، توخى واضعو المشروع إرساء سياسة تشريعية ترمي إلى تشجيع نظام المسابقات في ظل التخطيط الاقتصادي، وتنفيذ خطة التنمية لمزاياه العديدة، فهو:

1) يحقق مزيدا من الديمقراطية الشعبية عن طريق إشراك الشعب في تقديم مقترحات من خلال مسابقات ترصد لها جوائز.
2) يوثق العلاقة بين الشعب وبين الأجهزة المعنية بتنفيذ خطة التنمية الاقتصادية والاجتماعية.
3) يعاون على إبراز الكفاءات المغمورة.
4) يؤدي إلى اختيار أفضل الحلول.
5) يبث التوعية والثقافة العامة بين المواطنين.

من أمثلة ذلك، الإعلان عن مسابقة لمشروع إنشاء مجمع سكني أو إقامة سد أو مسرح وطني أو قاعة كبرى، فتجرى مسابقة كبرى يتقدم فيها المهندسون. أو مشروع لتوطين البدو الرحّل، فتجرى مسابقة يتقدم فيها الاجتماعيون. أو مشروع للقضاء على بعض العادات الضارة كالمبالغة في المهر، فتجرى مسابقة يشترك فيها كل المواطنين.

تحقيقا لهذه الأهداف، تضمن المشروع المواد الثلاث التالية:

المادة 236 (ماهية الإعلان) :

1 ـ يكون الإعلان عن مسابقة من إحدى الجماعات البشرية المرخص لها بذلك، أو التي يدخل إجراء المسابقات ضمن مهمتها.
2 ـ يوجه الإعلان إلى دائرة غير محددة من الناس ومن الجماعات البشرية.
3 ـ يتضمن الإعلان شروط المسابقة، على الأخص المهمة المطلوبة ومدة تنفيذها وقدر الجائزة ومكان التقديم.

المادة 237 (تعديل الشروط) :

1 ـ يجوز تعديل شروط المسابقة خلال النصف الأول من المدة المقررة لتقديم الأعمال.

2 ـ لا يعتد بالتعديل اللاحق إلا إذا كان لصالح المساهمين في المسابقة.

3 ـ يعلن عن تعديل الشروط بنفس طريقة الإعلان عن المسابقة.

المادة 238 (نتيجة المسابقة) :

1 ـ يصدر قرار باستحقاق الجائزة ويبلغ للفائز.

2 ـ عند تعدد الفائزين، تقسم الجائزة بينهم.

3 ـ للجماعة البشرية التي أجرت المسابقة حق استعمال العمل الفكري الحاصل على الجائزة.

أما بالنسبة للجعالة، فيميز المشروع بينها وبين الإعلان عن مسابقة. فالإعلان يصدر عن الجهات المعنية بقصد تنفيذ خطة التنمية والأغراض العامة. أما الجعالة، فتصدر من مواطن ارتباطا بحاجة شخصية له ويكون مجالها محدودا، ومثالها أن يفقد شخص حافظة أوراق فيتعهد بدفع مكافأة لمن يعثر عليها. وتناولت أحكام الجعالة المادة 239 فتقول:

1 ـ من وجه للناس وعدا بجعل يعطِّيه عن عمل معين، وجب عليه إعطاء الجعل لمن قام بالعمل.

2 ـ يستحق الجعل ولو تم العمل بدون نظر للجعالة.

3 ـ للواعد أن يرجع في وعده ـ لسبب عادل ـ باعلان يوجه للناس، على الا يؤثر ذلك في حق من قام بالعمل قبل الرجوع في الوعد.

4 ـ ينقضي التزام الواعد بمضي سنة أو بفوات الفرص من العمل .

*

خاتمة عامة

جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني المصري (المصدر المباشر للتقنين المدني الليبي القائم) أن المشروع من ناحية ما يقوم عليه من أسس اجتماعية واقتصادية، إنما يجاري نزعات عصره، فلا يقف من الديمقراطية عند معناها القديم، بل يماشي ما لحق بها من تطورات عميقة.. فالمشروع لا يقدس حرية الفرد إلى حد أن يضحي من أجلها بمصلحة الجماعة. ولا يجعل من سلطان الإرادة المحور الذي تدور عليه الروابط القانونية، بل هو يوفق ما بين حرية الفرد ومصلحة الجماعة. ثم هو بين الفرد والفرد، لا يترك القوي يصرع الضعيف بدعوى وجوب احترام الحرية الشخصية، فليس الفرد حرا في أن يتخذ ـ مما هيأته له النظم الاجتماعية والاقتصادية من قوة ـ تكئة ليتعسف ويتحكم. لذلك، يقف المشروع إلى جانب الضعيف فيحميه كما فعل في عقود الإذعان عندما جعل تفسير ما تشتمل عليه من شروط تعسفية محلا لتقدير القاضي، وكما فعل في النصوص الخاصة بالاستغلال عندما أوجب على القاضي أن يتدخل لنصرة المتعاقد إذا استغلت حاجته أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه.. الخ. كل هذا من دون غلو ولا إسراف. فما تزال حرية الفرد وسلطان الإرادة وحقوق الدائنين واحترام الملكية، محلا لنصوص كثيرة في المشروع تلمح فيها أثرا ظاهرا للتوفيق ما بين حقوق الفرد وحقوق الجماعة. وبذلك، يكون المشروع قد سجل بأمانة ما تمخض عنه القرن العشرون من مبادىء مقررة في العدل الاجتماعي، فهو يحمل طابعا قويا من حضارة العصر ومدنية الجيل.

من هنا، اتسم طابع التقنين المدني بالاعتدال، فهو يرضي الاستقرار ويطاوع التطور في إطار مفهومه التقليدي. وكانت من عوامل التطور في القانون الجديد، هي تلك المعايير المرنة التي جعلها مكان القواعد الجامدة، ثم السلطة التقديرية الواسعة التي أعطاها للقاضي.

لقد ترك القانون الجديد ـ في الكثرة الغالبة من الأحوال ـ القواعد الجامدة التي تضع للمسألة حلا واحدا ثابتا لا يتغير مهما تغيرت الظروف والملابسات، وآثر عليها المعايير المرنة يضعها هاديا للقاضي، فيسترشد هذا بها فيما يعرض له من الأقضية، ولا يتقيد فيها بحل واحد لا ينحرف عنه، بل تتغاير الحلول بتغاير الظروف. وثمة أمثلة كثيرة لذلك: الغلط الجوهري، والتدليس الجسيم، والرهبة القائمة على أساس، والباعث الدافع إلى التعاقد. كل هذه معايير مرنة تتفاوت الحلول التي تؤدي إليها بتفاوت الظروف التي تطبق عليها، وهي معايير ذاتية يراعى في تطبيقها حالات نفسية يكشف عنها القاضي في كل شخص بذاته على نحو ما رأيناه تفصيلا.

وقد أفسح القانون المجال للمرونة والتطور بما أعطى للقاضي من سلطة تقديرية واسعة تصل به في بعض الحالات إلى استكمال ما فات المتعاقدين أن يتفقا عليه، بل وإلى تعديل ما تم الاتفاق عليه فيما بينهما. ويجوز له أن ينقص التزامات المتعاقد المغبون في حالة الاستغلال، وأن ينتقص من العقد إذا كان في شق فيه باطلا، وأن يحوله إلى عقد آخر، وأن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في حالة الحوادث الطارئة، وأن يعدل الشروط التعسفية في عقود الإذعان.

غني عن القول، إن التقنين المدني لم يبلغ ـ فيما أعطاه من سلطة تقديرية للقاضي ـ مدى ما بلغته التشريعات الاشتراكية أو القانون السويسري الذي جعل القاضي مشرعا فيما لم يرد فيه نص، بل وقف عند حدود معقولة تمنع الخلط بين وظيفة التشريع ووظيفة القضاء. ومع ذلك، فقد رأى الأستاذ/ السنهوري أن التقنين المدني الجديد قد سار شوطا بعيدا في سبيل أن يجعل للقاضي من سلطات التقدير ما ييسر له أن يجعل أحكام القانون متمشية مع مقتضيات الظروف، فتكون هذه الأحكام أداة طيعة في يد القاضي يطور بها القانون تطويرا مستمرا، ويواجه بها ما يتغير من ملابسات وأحوال.

هذا عن التقنين المدني القائم والذي تم إعداده في أعقاب الحرب العالمية الثانية، فعكس المفاهيم الاجتماعية والاقتصادية التي سادت في تلك الحقبة، وهي

مفاهيم تقوم - في الأســاس - على تبني حلول تلفيقيـة في إطار انظمـة إصلاحيـة بـدون أن تتجاوز ذلـك إلى إحداث تغييـرات جذريـة في البناء القـانوني والـروابط القانونية بما يعكس المتغيرات الجديدة.

من هنا، كان الدور التقدمي الذي يتعين ان تلعبه نظرية القانون في المجتمع الجماهيري. وهي نظرية تواكب ما تدعو إليه النظرية الجماهيرية من إقامة مجتمـع سعيد ديمقراطي خال من مظاهر العسف والاستغلال على مختلف مظاهره. وتؤسس هذه الدعوة على هدي من مبادىء الشريعـة الطبيعية للمجتمـع المتمثلة في الـدين والعرف وقواعد القانون الطبيعي.

وكما يقول شراح النظرية الجماهيرية، إن وظيفة القانـون الجماهيـري تستند إلى شرعية مصادر هذا القانون، وإلى شرعية اداة صنعه. فمصادر هـذا القانـون، تستند إلى الشريعة الطبيعية للمجتمع القائمة على اساس الدين والعرف ومبـادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة المكتشفـة بالعقـل الإنساني السليم وفقـا لطبائـع أصل الأشياء. أما اداة صنـع القانون الجماهيري، فهي الجماهير ذاتها وفقا لنظرية سلطة الشعب الذي لا سلطة لسواه. فـإذا ماتـوفرت لأي قـانون شـرعية مصـادره وشرعية اداة صنعه على النحو السابق، فإن هذا القانون لن يكون قانونا دكتاتـوريا استبـداديا، بـل لابد وأن يكـون قانـونا عـادلا يعزز حـرية الإنســان، ويكشف هذه الحرية، ويحميهـا من كل عسف وعبث، وينظم واجبـات الأفراد والمجتمـع، ويحدد العلاقات والـروابط والمراكـز داخل المجتمـع على ضوء مصلحـة الفرد والمجتمـع المقرة من الشريعة الطبيعية للمجتمع.

في ضوء هذا التصـوير للقـانون الجمـاهيري، يبـدو قصور التقنين المـدني القائم، ويشمل ذلك نظرية العقد بطبيعة الحال. فقـد لجأ هـذا القانـون إلى تسخير الوسائل الفنية القانونية لحماية مصالح الأفراد الخاصة من دون مراعاة للاعتبارات الاجتماعية بالقدر الكافي. من ثم، يكون من الـلازم - كما راينـا - إعادة النظـر في تحديد الصلة بين التنظيم الفني لمضمون العقد الملزم للجـانبين، والغايـة من هذا العقد. ويتم إزالة من القانون المدني التنظيمات التي تفـرض مجرد وسـائل عـلاج للمشاكل الفردية، واستبدالها بتنظيمات أخرى تجعل المصلحة الاجتماعية ووسـائل تحقيقها في المقام الأول، وأن يسود العلاقة بين المتعاقدين جو من الثقـة والتعاون المتبادل.

ولا تفوت في هذا السياق، الإشارة إلى أن المجتمع الاشتراكي تربة خصبـة

لنمو وازدهار فكرة النظام العام. فالاشتراكية تنظر إلى الفرد من خلال المجتمع، فالمجتمع كل والفرد جزء منه، وفي تدعيم المجتمع إسعاد ورفاهية للفرد إعمالا لنظرية البدن الواحد. إن فكرة النظام العام تنطوي على وسيلة قانونية يقصد بها حماية المجتمع من شرور النزعات الفردية، وانحراف اتجاه الإرادة العقدية نحو تحقيق أغراض خاصة تتعارض مع المصالح العليا للمجتمع السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية. وكلما كان هناك إعمال لسياسة التوجيه الاقتصادي، ازدادت المصالح العامة وارتفع شأنها واتسعت دائرة النظام العام وعظمت أهميتها، فتصبح المجال الخصب الذي يستطيع فيه القاضي أن يقوم بدور إيجابي فعال في حماية أهداف ومصالح المجتمع، فلا يتردد في إهدار أية رابطة عقدية تهدف إلى تحقيق أغراض غير مشروعة. بذلك، يبرز العقد بوصفه صورة رائعة للتنسيق والموازنة بين الحاجات والمصالح الفردية بما لا يكون غاية في ذاته، وإنما مجرد وسيلة تهدف إلى تحقيق أغراض ومصالح اجتماعية. وكما قيل، إن مضمون العقد هو المجال الذي يجمع بين مصالح فردية قد تتعارض فيما بينها، فيقوم المتعاقدان بإجراء الموازنة بينها في شكل أداء أو أداءات معينة. وإذا كان إعمال هذا المضمون يشبع الحاجات الفردية، فليس هذا الإشباع إلا وسيلة لتدعيم الحافز الشخصي ودفعه نحو تحقيق الأهداف الاجتماعية المقصودة من التعاقد، وهي أهداف ترمي في المقام الأخير إلى سعادة الفرد ورفاهيته.

ترتيبا على ما تقدم، يطالب الفقه الاشتراكي المشرع - وهو يرسي قواعد التنظيم العقدي وأحكامه - أن يحدد بوضوح الأهداف الاجتماعية لكل عقد في ضوء مبادىء المجتمع ومفاهيمه، بحيث يصبح العقد أداة من أدوات بناء المجتمع الاشتراكي، على أن يقترن ذلك بتدخل تشريعي يفرض بموجبه القانون على التنظيم العقدى عناصر محددة يتعين على المتعاقدين مراعاتها عند إجراء التقييم والموازنة في مضمون العقد، فيفرض العناصر المشروعة التي تصلح أساسا لتوازن عقدي قادر على تحقيق أهداف العقد الاجتماعية. كما يستلزم القانون مشروعية العناصر الاتفاقية، بحيث تتحقق السلامة الاجتماعية لجميع العناصر التي يرتكز عليها المضمون العقدي.

في هذا الصدد، يشار إلى أن الرقابة القضائية لا تكفي وحدها للكشف عن ألوان التحايل ومحاربة عدم المشروعية في المجال العقدي، بل يجب أن تنظم رقابة شعبية تعاون القضاء في القيام بهذه المهمة الضرورية لحماية وتحقيق المصالح والأهداف الاجتماعية.

أخيرا، يتعين التذكير بأن مهمة القانون لا تقف عند حد وضع الضوابط الفنية والاجتماعية الكفيلة بتشييد مضمون عقدي متماسك الأجزاء وقادر على القيام بوظيفته، بل يجب أن تمتد ايضا إلى تنظيم مسلك المتعاقدين في تشغيل هذا المضمون وتحريك عجلته في الاتجاه الذي يحقق الأهداف المقصودة من العقد. وحتى تتحقق لهذا التنظيم فعاليته، يجب أن يرتفع المتعاقد إلى مستوى معقول من الوعي الجماهيري، بحيث يشعر كل متعاقد بأنه عضو في المجتمع، وعليه واجب القيام بدوره في خدمة تحقيق الأهداف الاجتماعية. كما يجب أن يتحلى المتعاقدان بروح التعاون والتآزر والتضامن، ويسعيان معا إلى تذليل أية عقبة تعترض تنفيذ العقد.

*

قائمة المراجع

أ ـ المؤلفات باللغة العربية:

1 ـ أبو اليزيد علي المتيت: الحرية التعاقدية والنظام العام، مجلة المحاماة، س 41 ص 714.

2 ـ د/ أحمد إبراهيم: المعاملات المالية، ط 1936م.

3 ـ د/ أحمد حشمت أبو ستيت: مصادر الالتزام، جـ 1.

4 ـ د/ أحمد عثمان عياد: مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، ط 1973م.

5 ـ د/ أحمد عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، ط 1977م.

ـ الحق في الحبس في القانون المدني المصري، مجلة المحاماة، س 2، أبريل 1982م.

6 ـ د/ أحمد يسري: تحول التصرف القانوني، رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة هيدلبرج بالمانيا، الترجمة العربية 1958م.

7 ـ أسعد الكوراني؛ الاستغلال والغبن في العقود، مجلة المحاماة، س 41، يناير 1961م.

8 ـ د/ إسكندر غطاس: أسس التنظيم السياسي في الدول الاشتراكية، القاهرة 1972م.

9 ـ د/ إسماعيل غانم: في النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام، القاهرة 1966م.

10 ـ د/ أنور سلطان: الموجز في النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول: مصادر الالتزام.
11 ـ د/ بدران أبو العينين بدران: الشريعة الإسلامية، تاريخها ونظرية الملكية والعقود، الإسكندرية.
12 ـ د/ بشرى جندي: حتمية التطور الاشتراكي في مبادىء القانون المدني، مجلة إدارة قضايا الحكومة، س 11 ع 3، 1967م.
مصير نظرية عيوب الرضا في القانون المدني الاشتراكي، مجلة إدارة قضايا الحكومة، س 12، يناير/ مارس 1968م.
13 ـ د/ توفيق حسن فرج: نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية 1957م.
14 ـ د/ جمال العطيفي: العدالة الاشتراكية، القاهرة، مارس 1966م.
15 ـ د/ جمال الدين محمد محمود: سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي، دار النهضة 969 ـ 1969م.
16 ـ د/ جمال مرسي بدر: النيابة في التصرفات القانونية، ط 1968م.
17 ـ د/ حسام الدين كامل الأهواني: النظرية الماركسية للقانون، جامعة عين شمس 1971 ـ 1972م.
ـ اصول القانون، القاهرة 1988م.
18 ـ د/ حسبو الفزاري: أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، رسالة دكتوراه، 1979م.
19 ـ د/ حسن الذنون: محاضرات في القانون المدني العراقي، نظرية العقد، معهد الدراسات العربية العالمية 1956م.
20 ـ د/ حلمي بهجت بدوي: أصول الالتزامات، 1943م.
21 ـ خليل أحمد حسن قدوة: أثر العقد بالنسبة إلى الخلف الخاص وفقا لأحكام القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة 1982م.
22 ـ د/ سليمان محمد الطماوي: مبادىء القانون الإداري، الكتاب الثالث، أموال الإدارة وامتيازاتها، دار الفكر العربي 1973م.
23 ـ د/ سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، المدخل للعلوم القانونية وشرح الباب التمهيدي للتقنين المدني، الطبعة السادسة 1987م.
ـ الوافي.
ـ أصول وإجراءات الإثبات، الجزء الثاني، 1986م.

24 ـ د/ سمير تناغو: القرار الإداري مصدر للحق، منشأة المعارف، 1972م.
25 ـ د/ سمير كامل: ملكية الراهن للمال المرهون في الرهن العقاري، رسالة دكتوراه، القاهرة 1978م.
26 ـ د/ شفيق شحاتة: النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية، الجزء الأول، طرفا الالتزام، الطبعة الأولى 1936م.
27 ـ د/ صالح الميهوب: النظرية العالمية الثالثة والماركسية، طرابلس، 1985م.
28 ـ د/ صبيح مسكوني: القضاء الإداري في الجمهورية العربية الليبية، 1974م.
29 ـ د/ صفاء الحافظ: نظرية القانون الاشتراكي وبعض تطبيقاتها التشريعية، منشورات وزارة الإعلام، الجمهورية العراقية، 1976م.
30 ـ د/ صلاح الدين الناهي: الامتناع المشروع عن الوفاء، رسالة دكتوراه، 1945م.
31 ـ د/ عادل مصطفى بسيوني: مبدا سلطان الإرادة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الغربية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1978م.
32 ـ د/ عبد الباسط جميعي: نظرية الأوضاع الظاهرة، رسالة دكتوراه، القاهرة 1956م.
33 ـ د/ عبد الحي حجازي: النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول: مصادر الالتزام.
ـ مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة الأولى.
ـ المصادر الإرادية: العقد والارادة المنفردة، 1962م.
34 ـ د/ عبد الرزاق السنهوري: التصرف القانوني والواقعة القانونية، دروس القانون المدني مع التعمق، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، 1953 ـ 1954م.
الوسيط في شرح القانون المدني (1) نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الأول، العقد، الطبعة الثالثة 1981م، والجزء الثاني.
مصادر الحق في الفقه الإسلامي، معهد الدراسات العربية. نظرية العقد، 1936م.
35 ـ د/ عبد السلام المزوغي: خواطر ثورية، معادلة ظالمة، الاحتكار، الإذعان، الاستغلال، طرابلس 1985م.
ـ النظرية العامة لعلم القانون، الكتاب الأول، المدخل لعلم القانون، نظرية القانون 1988م.

- النظرية العامة لعلم القانون، الكتاب الأول، نظرية الحق، 1988م.
- تعليق على حكمين لمحكمة بنغازي الابتدائية حول مسؤولية الناقل الجوي، دراسات قانونية س 6، 1976م.
36 - د/ عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية العقد والإرادة المنفردة، 1984م.
37 - د/ عبد المنعم البدراوي: المدخل للقانون الخاص، 1957م.
38 - د/ عبد المنعم فرج الصدة: مصادر الالتزام، القاهرة 1984م.
- أثر العوامل الاقتصادية والاجتماعية في العقد، مجلة القانون والعلوم السياسية، الحلقة الدراسية الثالثة، بغداد، يناير 1969م.
39 - د/ عبد الهادي يونس العطافي: نظرية الالتزامات، الجزء الأول، العقد.
40 - د/ علي الخفيف: أحكام المعاملات الشرعية، القاهرة 1944م.
- تأثير الموت في حقوق الإنسان والتزاماته، مجلة القانون والاقتصاد، س 10.
41 - عمر عمرو: المجموعة المفهرسة لجميع المبادىء الدستورية والإدارية والانتخابية والشرعية والجنائية والمدنية التي قررتها المحكمة العليا بالجمهورية العربية الليبية.
42 - د/ فتحي والي: قانون القضاء المدني في الاتحاد السوفييتي، مكتبة القاهرة الحديثة.
43 - د/ فؤاد زكريا: مقامرة التاريخ الكبرى، على ماذا يراهن جورباتشوف؟ كتاب الأهالي، رقم 24، أبريل 1990م.
44 - د/ فوزي منصور: مستقبل الاشتراكية في عالم يحكمه نظام اقتصادي واحد، اليسار، مايو 1990م.
45 - مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية، إعداد المكتب الفني للمحكمة.
46 - مجموعة المحكمة العليا الليبية: قضاء المحكمة العليا من تاريخ إنشائها في 10 نوفمبر 1953م لغاية 3 يونيه 1957م.
- قضاء المحكمة العليا المدني من يناير 1962 إلى يونيو 1968م.
- مجموعة المبادىء القانونية التي قررتها المحكمة العليا من تاريخ إنشائها حتى نهاية شهر يونيه 1967م.
47 - الشيخ/ محمد أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد، القاهرة 1939م.
48 - محمد زكريا البرديسي: الإكراه بين الشريعة والقانون، مجلة القانون والاقتصاد، السنة 30، العدد الأول، مارس 1960م.
49 - محمد زكي عبد البر: نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي، القاهرة 1950م.

50 ـ د/ محمد صادق فهمي: محاضرات في نظرية الالتزامات، 1926م.
51 ـ د/ محمد عبد الجواد: الغبن اللاحق والظروف الطارئة في القانونين الفرنسي والمصري، مجلة القانون والاقتصاد، س 33، 1963م.
ـ شرط الإرهاق في تطبيق نظرية الظروف الطارئة، مجلة القانون والاقتصاد، س 33، ديسمبر 1963م.
52 ـ د/ محمد علي عمران ـ الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، دار النهضة العربية 1980م.
53 ـ د/ محمد كمال عبد العزيز: التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه، الطبعة الثانية، الجزء الثاني، المجلد الأول.
54 ـ محمد محمود المصري (و) محمد أحمد عابدين: الفسخ والانفساخ عن الوفاء، رسالة دكتوراه، 1986م.
55 ـ د/ محمود جمال الدين زكي: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، ط 1978م.
56 ـ د/ مختار القاضي: نظرية السبب في الالتزامات المالية، القاهرة 1962م.
57 ـ د/ مصطفى الزرقا: محاضرات في القانون المدني السوري، معهد الدراسات العربية العالمية 1954م.
58 ـ د/ منصور مصطفى منصور: في العقود المسماة ـ البيع والمقايضة والإيجار، 1956 ـ 1957م.
59 ـ د/ نبيلة إسماعيل رسلان: العلاقات القانونية الثلاثية، جامعة طنطا 1987م، رسالة دكتوراه.
60 ـ د/ بخيت بكير: أثر الاستحالة النسبية على تنفيذ الالتزام، مجلة القانون والاقتصاد، س 35، 1985م.
61 ـ د/ وحيد الدين سوار: التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، القاهرة.
62 ـ د/ وليم سليمان قلادة: التعبير عن الإرادة في القانون المصري، رسالة القاهرة 1955م.

*

ب ـ المؤلفات باللغات الأجنبية:

1 - Abdalla (F.A): Aspects nouveaux du Formalisme dans les contrats civils, Thèse, droit, Paris 1974.

2 - AL Chiati: Essai sur la qualification des contrats, Thèse, le Caire 1944.

3 - Bellon: LE droit Soviétique, P.U.F 1963.

4 - Berlioz: Le contrat d'adhésion, 2 ème éd, L.G.D.J 1976.

5 - Blagojvice (R.T): Introduction aux droits Socialistes, Budapest 1971.

6 - Bonjean (B): Le droit à L'information du consommateur, in, L'information en droit privé, L.G.D.J 1978.

7 - Carbonnier (I): Les obligations, T TV, P.U.F, Paris 1982.

8 - Capitant (H): De La cause des obligations, 3 ème éd, Paris 1927.

9 - Chamber (H): L'évolition du Marxisme soviétique, Seuil, Paris 1974.

10 - Choley (I.Y): L'offre de contracter et la protection de L'adhérent dans les contrats d'adhésion, Thèse, Aix 1974.

11 - Cigoj (S): La cause en droit yougoslave R.I.D.C, 4, 1985.

12 - Costentini (F): Code International des obligations en 3115 articles, Paris 1937.

13 - Couturier (G): La confirmation des actes nuls, Thèse, Paris 1972.

14 - Dalligny: Essai sur les principes d'un droit civil socialiste, Ed, L.G.D.J 1976.

15 - David (R): Les grands systèmes de droit contemporains, Dalloz 1964.
16 - David (R), Hazard (J): Le droit soviétique, les données Fondamentales, L.G.D.J 1954.
17 - Djilas (M): La nouvelle classe dirigeante, Plon, Paris 1957.
Pays sans justice, Laffont, Paris 1959.
18 - Dupichot (J): Le droit des obligations, P.U.F, Paris 1978.
19 - Duguit (L): Les transformations générales du droit Privé depuis le code Napoléon, 1912.
20 - El Gammal (M): L'adaptation du contrat aux circomstances économiques, Thèse, droit, Paris 1964.
21 - Eliachevitch (B): Le droit contractuel dans le système de droit soviétique, R, trin, dr, ci 1938.
22 - Eorsi (G): Le droit civil, in, Introduction au droit de la République Populaire Hongroise, Ed Pedon, paris 1974.
23 - Farjat: L'ordre public économique, Thèse, Dijon 1961.
24 - Fabre: Les clauses d'adaptation, R, trin, dr, ci 1983.
25 - Flour (J) et Aubert (j.L): Les obligations, Vol I, L'acte juridique, Ed Colin 1975.
26 - Fridieff (M): Les Fondements de la législation civile de l'U.R.S.S, et des Républiques fédérés, Revue Internationale de droit comparé, 1962, No + 1.
27 - Garaudy (R): Le grand tournat du socialisme, Paris 1969.
28 - Gunot: Autonomie de la volonté, Thèse, Dijon 1912.
29 - Ghozi (A): La modification de L'obligation par la Volonté des parties, L.G.D.J, Paris 1980.
30 - Goutal (J.L): Essai sur le Principe de L'éffet relatif du contrat, L.G.D.J, Paris 1981.
31 - Gomaa (N) Théorie de sources de L'obligation, Thèse, L.G.D.J, Paris 1968.
32 - Gurvitch (G): L'idée du droit social, Sirey, Paris 1932, Ré- impression 1972.
33 - Ionasco (T): Les contrats économiques dans le pays socialistes, R.T.D.C, 20 ème.
année, No + 3 Juiellet - Septembre 1968.
Des obligations en général dans le droit des Pays socialistes, Strasbourg 1968.

34 - Julien (C): Jungle et le Zov, in, Du Communisme réel à L'Ambition démocratique, in, le monde diplomatique, Février 1990.
35 - Josserand: la Publication de contràt, mélange.
36 - Khalil (M.S): Le dirigisme économique et les contrats, Thèse, Paris, Ed L.G.D.J, Paris 1967.
37 - Lesage (M): L'évolution du droit des contrats enU.R.S.S, R, Trin, dr,ci, 1983.
38 - Letowski (E) et Piatowski (J): Introduction au code civil de la République Populaire de Pologne, Varsovie 1980.
39 - Lucas de leyssac (C): L'obligation de renseignements dans les contrats, in, L'information en droit privé, L.G.D.J, 1978.
40 - Luby (S): Le droit civil Tchécoslovague, Bratislava 1969.
41 - Malaurie: L'ordre public et le contrat, 1953, Thèse, Reims,
42 - Morin (G): La Loi et le contrat, la décadence de leur souveraineté, Paris 1927.
43 - Mouskhéli (M): Le droit social d'après Georges Guvitch, Revue Alkanoune wal Iqtisad, V[e] Année, No = , Janvier 1936, P 3.
44 - Mouvakouski (G): Code civil, in, Etudés sur le droit polonais actuel, Ed paris, Mouton, lahaye 1968.
45 - Muzuaghi (A): Le déclin des clauses d'exonération de responsabilité sous L'influence de L'ordre Public nouveau, Thèse, Aix, Ed.L.G.D.J 1981.
46 - Pierre - François: La notion de dette de Valeur en droit civil, Thèse, droit, Paris 1975.
47 - Pillebont (J.F): Recherches Sur L'exception inexécution, L.G.D.J 1971.
48 - Plarisse (J): De la réprésentation, Son rôle dans la création des obligations, lile, Danel 1949.
49 - planiol (M): Traité élémentaire de droit civil, Paris 1917.
50 - Prévost: Le rôle de la volonté dans la Formation de L'obligation civile, Thèse, Droit, Paris 1939.
51 - Rieg (A): Le rôle de la Volonté en droit civil franc¸ais et allemand, Thèse, Droit, Paris 1961.
52 - Ripert (G): La règle morale dans les obligations civiles, 4 ème éd, 1949.
Le régime démocratique et le droit civil moderne, 1 er éd, 1936.
Aspects Juridiques du Capitalisme moderne, 2 ème éd, 1951.

53 - RoubierLe droit Transitoire, Paris 1960.
54 - Rouhette (G): Contribution à L'étude critique de la notion de contrat, Thèse, Droit, Paris 1965.
55 - Saleilles: Etude sur la Théorie générale de L'obligation d'aprés,, le premier projet de code civil pour L'Empire Allemand, ler Éd, 1889.
56 - Savatier: la théorie des obligations en droit privé économique, Précis Dalloz, 1979.
57 - Starch: Droit civil, obligation, contrat et quasi contrat, Ed Libreries 1986.
58 - Storch (M): Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques, L.G.D.J 1982.
59 - Stoyanovitch: La Théorie du contrat selon E.b.
60 - Szabo (I): Introduction aux droits socialistes, Strasbourg 1968.
61 - Tanago (S): De L'obligation Juridiciaire, L.G.D.J 1965.
62 - Varga: Le testament, Grasset, Paris 197?.
63 - Vasseur: Le droit de la réforme des stractures industrielles et des économies régionale, 1959.
64 - Venandet (G): La Protection de L'integrité du consentement dans la Vante commerciale, Thèse, nancy 1976.
65 - Villey (M): Essor et décadence du Volontarisme juridique, A.P.D 1957.
66 - Wahlendrof (H.A): Les dimensions du droit, Etude de philosophie du droit, L.G.D.J, Paris 1978.

* * *

الفهرس

* * *

مطبعة الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان

مصراتة - الجماهيرية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية العظمى

ص.ب 17459 مبرق (تلكس) 30098 مطبـوعـات


Bibliotheca Alexandrina
0516724


الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان
مصراتة الجماهيرية العظمى